Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/prcisdedroitci03baud

PRÉCIS

DE

DROIT CIVIL

TOME III

13,369. — BORDEAUX, IMPRIMERIE Vᵉ CADORET, RUE MONTMÉJAN, 17.

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.
LAW LIBRARY

PRÉCIS

DE

DROIT CIVIL

CONTENANT

dans une première partie

L'EXPOSÉ DES PRINCIPES

et dans une deuxième

LES QUESTIONS DE DÉTAIL ET LES CONTROVERSES

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE

DOYEN ET PROFESSEUR DE DROIT CIVIL

à la Faculté de Droit de Bordeaux

TOME TROISIÈME

contenant les matières exigées pour le troisième examen de la licence en droit.

TROISIÈME ÉDITION

Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence.

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Editeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

AVIS

Cet ouvrage est disposé pour recevoir plusieurs lectures successives. La première peut comprendre exclusivement la partie imprimée en gros caractères; les autres, la totalité de l'ouvrage, avec faculté d'en exclure les numéros et alinéas marqués d'un astérisque, qui ont été principalement écrits en vue des aspirants au grade de docteur en droit. Voir l'introduction du tome I pour les détails.

KJV
450
.B382
1888
v.3

TITRE V

Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.

1. Après avoir traité d'une manière générale des *obligations* (titres III et IV) et des *contrats* qui en sont la source principale (titre III), le législateur s'occupe des divers contrats en particulier; il va nous parler successivement du contrat de mariage, de la vente, de l'échange, du louage, de la société, du prêt, du dépôt... La première place a été réservée dans l'œuvre de la loi au contrat de mariage, à raison de son importance.

2. Définition du contrat de mariage. — Le mariage associe deux existences. Mais la société de personnes qu'il établit ne va pas sans une société d'intérêts. En effet le mariage fait naître des charges communes aux deux conjoints, notamment l'entretien des époux, l'entretien et l'éducation des enfants, et il faut déterminer comment et dans quelle mesure chaque époux contribuera à ces charges. C'est précisément l'objet, du moins l'objet principal du *contrat de mariage.*

On peut le définir : l'ensemble des conventions que les futurs époux font en vue de régler leur association conjugale quant aux biens, ou si l'on veut en vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires pendant le mariage et à sa dissolution. Ces conventions portent le nom de *conventions matrimoniales.* Le contrat de mariage est donc l'ensemble des conventions matrimoniales. On désigne aussi quelquefois sous ce nom l'acte écrit, l'*instrumentum,* qui constate ces conventions.

Rationnellement, l'expression *contrat de mariage* semblerait devoir désigner aussi le contrat relatif à l'union des personnes. Mais l'usage et la loi le désignent sous le nom de *mariage.* Ainsi, la convention par laquelle les époux lient leurs personnes s'appelle *mariage;* celle par laquelle ils règlent leurs intérêts pécuniaires porte le nom de *contrat de mariage.* Comme le dit fort bien Troplong, le mariage unit la main des époux, le contrat de mariage unit leurs intérêts.

3. Le contrat de mariage est accessoire par rapport au mariage : on ne conçoit pas de conventions matrimoniales sans mariage. L'existence du contrat de mariage est donc subordonnée à celle du mariage. De là il suit que le contrat de mariage est caduc, si le mariage en vue duquel il a été fait ne s'ensuit pas, ou si ayant été célébré il est annulée car le mariage annulé est censé n'avoir jamais existé. Exceptez toutefois le cas où il y a mariage putatif. V. art. 201 à 202 et t. I. n. n. 549 et s.

En sens inverse, la nullité du contrat de mariage comme tel, pour vice de forme par exemple, n'entraînerait pas la nullité du mariage; car le sort du principal n'est pas subordonné à celui de l'accessoire. Les époux se trouveraient alors dans la même situation que s'ils s'étaient mariés sans contrat, c'est-à-dire, ainsi que nous le verrons plus loin, qu'on leur appliquerait le régime de droit commun, celui de la communauté légale.

La caducité du contrat de mariage ou sa nullité atteignent incontestablement toutes les clauses de ce contrat qui constituent des conventions matrimoniales. Atteindraient-elles aussi les autres conventions ou actes qui n'ont pas ce caractère et qui se trouveraient contenus accidentellement dans le contrat de mariage, par exemple une vente ou une reconnaissance d'enfant naturel faite par les futurs? La négative paraît certaine. En effet, de semblables dispositions ont un caractère propre et indépendant : il n'y a aucune indivisibilité nécessaire entre elles et les conventions matrimoniales ; leur caractère ne change pas à raison de la nature de l'acte qui les constate. Elles demeureront donc valables, en supposant bien entendu qu'elles se trouvent constatées conformément à la loi qui les régit.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

§ I. *Des conventions qui sont autorisées dans les contrats de mariage et de celles qui sont défendues.*

4. Principe de la liberté des conventions matrimoniales. — La loi laisse aux époux la plus grande latitude pour le règlement de leurs conventions matrimoniales. C'est à juste titre; car les intérêts pécuniaires jouent un rôle important dans la conclusion des mariages, et, en gênant la liberté des futurs époux quant au règlement de ces intérêts, on eût entravé nombre de mariages, au grand détriment de la société. La faveur due au mariage a même déterminé le législateur à autoriser dans les contrats de mariage certaines stipulations qu'il prohibe partout ailleurs, notamment la stipulation d'inaliénabilité (art. 1554). V. aussi art. 1082 et s.

Et toutefois, sous peine de voir dégénérer en licence la liberté qu'il accorde ici aux époux, le législateur devait y apporter certaines restrictions. Elles sont contenues dans les art. 1387 à 1390.

Aux termes de l'art. 1387 : « *La loi ne régit l'association conjugale,* » *quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux* » *peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient* » *pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications* » *qui suivent* ».

Quand la loi parle des stipulations contraires aux bonnes mœurs, on peut s'attendre à voir apparaître à leur suite les stipulations contraires à l'ordre public, qu'elle met sur la même ligne. Notre article semble, au premier abord, s'écarter de cette tradition, quand il dit dans sa partie finale : « pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes » mœurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent ». Mais cette première impression s'efface devant un examen plus approfondi. Les stipulations contraires à l'ordre public sont certainement prohibées dans les contrats de mariage (art. 6). Seulement, au lieu d'énoncer ce principe d'une manière générale, comme il l'a fait pour les stipulations contraires aux bonnes mœurs, le législateur a préféré le sous-entendre et en énumérer certaines applications au sujet desquelles des difficultés auraient pu s'élever. Cette énumération, qui n'est nullement limitative, est contenue dans les art. 1388 à 1390 et annoncée par ces mots qui terminent l'art. 1387 : « et, en outre, sous les modifications » qui suivent ». Les art. 1387 à 1390 peuvent donc se résumer ainsi : Les époux ont la faculté de faire dans leur contrat de mariage toutes sortes de conventions relativement à leurs biens, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Notre loi apporte ainsi à la liberté des époux deux restrictions qu'il nous faut successivement étudier.

A. *Stipulations contraires aux bonnes mœurs.*

5. Nous dirons fort peu de choses des stipulations contraires aux mœurs. Proscrites dans tous les contrats en général, comment pourraient-elles être tolérées dans un contrat qui participe de la sainteté du mariage ? Il faudra, au contraire, s'étendre davantage sur les stipulations contraires à l'ordre public, parce que les limites de l'ordre public sont plus indécises que celles des bonnes mœurs.

B. *Stipulations contraires à l'ordre public.*

6. La loi en énumère un certain nombre à titre d'exemples. Ainsi elle proscrit les stipulations qui porteraient atteinte,

Soit à la puissance maritale, exemple : la clause qui dispenserait la femme du devoir d'obéissance envers son mari,

Soit aux droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale : telle serait la clause qui retirerait au mari le titre de chef de la communauté, que lui donne l'art. 1421, pour le conférer à la femme,

Soit aux droits résultant pour l'un des époux de la puissance paternelle ou de la puissance tutélaire, par exemple la clause qui enlèverait au mari le droit d'administration légale, que lui confère l'art. 389, ou au survivant des époux le droit de tutelle de l'art. 390.

Soit enfin à une disposition prohibitive du code civil, par exemple à la disposition de l'art. 1399, qui ne permet pas de fixer le point de départ de la communauté à une époque autre que celle de la célébration du mariage.

Cette énumération est contenue dans l'art. 1388 dont la disposition est défectueuse à plus d'un point de vue : « *Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant* » *de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui* » *appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des* » *époux par le titre* de la Puissance paternelle, *et par le titre* de la Minorité, de la » Tutelle et de l'Emancipation, *ni aux dispositions prohibitives du présent Code* ». Il nous faut en étudier les divers termes.

7. *a.* La loi prohibe d'abord, dans les contrats de mariage, les clauses qui dérogeraient « aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la » femme et des enfants ».

= *Sur la personne de la femme.* Ainsi on ne pourrait pas convenir que la femme ne sera pas tenue d'habiter avec son mari (art. 214), ou de demander son autorisation quand elle voudra ester en justice ou contracter (art. 215 et 217).

= *Sur la personne... des enfants.* Ainsi serait nulle la clause donnant à la femme le droit de consentir, à l'exclusion du mari, au mariage ou à l'adoption des enfants communs.

Au surplus, les droits du mari sur la personne des enfants ne résultent pas, comme le dit inexactement la loi, de la *puissance maritale,* mais bien de la *puissance paternelle,* dont le père a seul l'exercice pendant la durée du mariage quoiqu'elle appartienne aussi à la mère (art. 373).

On rencontre souvent, dans les contrats de mariage passés entre futurs époux appartenant à des religions différentes, une clause, aux termes de laquelle les enfants mâles seront élevés dans la religion du père, et ceux du sexe féminin dans la religion de la mère. Il paraît difficile d'admettre qu'une semblable clause, ou toute autre du même genre, soit civilement obligatoire pour le mari. Le droit ou plutôt le devoir d'éducation est un attribut de la puissance paternelle, et, s'il appartient à la mère aussi bien qu'au père (art. 203), celui-ci en a seul l'exercice pendant la durée du mariage (art. 373). Or, la clause dont il s'agit a précisément pour but de lui retirer cet exercice, au moins en partie. Elle est donc nulle, aux termes de l'art. 1388, comme le serait certainement une clause qui retirerait, d'une manière générale, l'exercice de la puissance paternelle au père pendant le mariage pour le conférer à la mère.

b. Les époux ne peuvent pas non plus, dit la loi, déroger dans leur contrat de mariage « aux droits qui appartiennent au mari comme chef ». Il s'agit des droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale envisagée quant aux biens, et non des droits qui lui appartiennent comme chef de la femme et des enfants; autrement cette phrase ferait double emploi avec la précédente. Ainsi, d'après notre loi, le mari est le chef de la communauté; nos anciens disaient *seigneur et maître.* En cette qualité, il « administre seul les biens de la commu- » nauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme » (art. 1421). Eh bien ! les époux ne pourraient pas valablement, dans leur contrat de mariage, déroger à cette disposition, soit en accordant, comme nous le supposions tout à l'heure, le titre de chef de la communauté à la femme, ce qui constituerait de la part du mari une abdication, soit même, le titre de chef de la communauté étant laissé au mari, en l'obligeant à obtenir l'autorisation de sa femme pour hypothéquer les immeubles de la communauté ou pour les aliéner, car les rôles que la loi assigne à chacun des époux seraient ainsi intervertis.

Mais rien ne ferait obstacle à ce que le mari donnât à sa femme, par une clause du contrat, le mandat d'administrer les biens de la communauté. En déléguant son pouvoir sous forme de mandat, le mari l'exerce. *Qui mandat ipse fecisse videtur.* Toutefois, il l'abdiquerait en réalité, s'il s'interdisait le droit de révoquer le mandat; aussi décide-t-on généralement que cette clause serait nulle.

Rien ne s'opposerait non plus à ce que les époux dérogeassent, par le contrat de mariage, aux droits que la loi attribue au mari sur les biens personnels de la femme. Ainsi on pourrait valablement convenir que le mari, sous le régime de la communauté, n'aura pas le droit d'administrer les biens propres de sa femme, contrairement à la disposition de l'art. 1428 (arg. art. 223, 1536 et 1576), ou qu'il n'aura le droit de les donner à bail que pour sept ans, et non pour neuf comme l'y autorise l'art. 1429.

c. La loi ajoute que les époux ne peuvent pas déroger « aux droits conférés au » survivant des époux par le titre *de la Puissance paternelle,* et par le titre *de la » Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation* ».

Pendant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle appartient au père seul (art. 373), et notre article nous a déjà dit, en termes inexacts, il est vrai, qu'on ne peut pas, par une clause du contrat, porter atteinte à ce droit. Il ajoute qu'on ne peut pas déroger non plus aux droits résultant de la puissance paternelle pour le survivant des époux; de sorte que, finalement, les époux ne peuvent aucunement déroger aux droits résultant pour eux de la puissance paternelle. Ainsi on ne pourrait pas valablement convenir que le mari n'aura pas sur les biens des enfants le droit d'administration légale de l'art. 389, ou que le survivant des époux n'aura pas la tutelle de ses enfants, contrairement à l'art. 390, ou bien que le mari, pendant le mariage, ou le survivant, après sa dissolution, n'aura pas le droit d'usufruit légal conféré par l'art. 384. Il y a toutefois quelques dissidences sur ce dernier point.

Les droits auxquels notre article ne permet pas de déroger sont ceux « conférés » par le titre *de la Puissance paternelle,* et par le titre *de la Minorité, de la Tutelle » et de l'Emancipation* ». Mais son intention bien évidente est d'interdire toute dérogation aux droits résultant de la puissance paternelle et de la tutelle, même à ceux de ces droits qui, par accident, se trouvent organisés dans un titre autre que celui *de la Puissance paternelle* ou *de la Tutelle.* Ainsi nul doute que les époux ne pourraient pas déroger au droit, que la loi accorde à la mère survivante, de consentir au mariage ou à l'adoption de ses enfants; et cependant ces droits sont consacrés, l'un dans le titre *du Mariage* (art. 149), l'autre dans celui *de l'Adoption* (art. 346).

En résumé, le législateur aurait mieux exprimé sa pensée, s'il l'avait formulée dans les termes suivants : « Il ne peut être dérogé aux droits résultant, pour les époux ou pour l'un d'eux, sur la personne de leurs enfants, de la puissance paternelle ou de la tutelle ».

d. Enfin, l'art. 1388 dit en terminant que les époux ne peuvent pas déroger « aux » dispositions prohibitives du présent Code ».

A proprement parler, la disposition prohibitive est celle qui est conçue en termes prohibitifs. On en trouve des exemples dans les art. 215, 217, 784, 791, 1097, 1130, 1399, 1422, 1449. Mais il résulte de la discussion qui s'est produite lors de la confection de la loi que, pour savoir si une disposition est prohibitive *hoc sensu,* il faut s'attacher moins à la forme qu'au fond, et qu'il y a lieu par suite de considérer en général comme prohibitive toute disposition législative qui est basée sur des considérations d'ordre public. En d'autres termes, une disposition prohibitive est ici celle à laquelle la loi prohibe de déroger, et la prohibition peut résulter, soit du texte de la loi, comme dans l'art. 1399, soit de son esprit apprécié d'après la nature de la disposition.

D'après cela, il faut considérer comme prohibitives, bien qu'elles ne soient pas

conçues en termes prohibitifs, la disposition qui accorde à la femme l'avantage de n'être tenue de sa part dans les dettes de la communauté qu'*intra vires* quand elle a fait inventaire (art. 1483), celle qui lui permet de renoncer à la communauté (art. 1453) et aussi celle qui l'autorise à demander la séparation de biens quand sa dot est en péril (art. 1443). Ce sont là autant de garanties, que la loi, par des considérations d'ordre public, accorde à la femme comme contre-poids de l'autorité maritale, et dont elle ne peut être dépouillée. Nous en dirions de même des avantages que la loi accorde à la femme pour lui assurer l'exercice de ses reprises (art. 1471, 1472).

8. Parmi les dispositions prohibitives que contient le code civil, il y en a deux qui doivent particulièrement fixer notre attention. Elles sont prévues par les art. 1389 et 1390.

9. Voici la première : « *Ils* [les époux] *ne peuvent faire aucune con-* » *vention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des* » *successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs* » *enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux;* » *sans préjudice des donations entre vifs ou testamentaires qui pourront* » *avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent* » *Code* » (art. 1389).

Ce texte nous paraît n'être qu'une application particulière de la règle, qui interdit d'une manière générale dans notre droit les pactes sur succession future (art. 791, 1130, 1600). La faveur dont le contrat de mariage est entouré l'a fait soustraire en partie à l'empire de cette règle (art. 1082 et s.), et on aurait peut-être été tenté de soutenir qu'il devait y échapper tout à fait, si le législateur n'avait pas pris la peine de s'en expliquer. Voilà la raison d'être de notre article, qu'une sévère critique pourrait taxer d'inutilité.

Notre article interdit certaines *conventions* et certaines *renonciations*.

a. Certaines conventions, celles qui auraient pour but de changer l'ordre légal des successions.

Soit par rapport aux époux eux-mêmes dans la succession de leurs enfants, par exemple s'il était dit que le père aura, contrairement à l'art. 746, le droit de succéder, à l'exclusion de la mère, aux enfants du mariage qui viendraient à mourir pendant son cours.

Soit par rapport à leurs enfants entre eux. Telle serait la clause, aux termes de laquelle, en cas de décès de l'un des enfants du mariage, l'aîné des survivants serait appelé à recueillir sa succession à l'exclusion des autres, ou les frères du défunt à l'exclusion de ses sœurs; telle encore la clause, connue autrefois sous le nom de *clause d'affrérissement,* en vertu de laquelle les enfants du premier lit de l'un des conjoints étaient appelés à succéder à l'autre conjoint concurremment avec les enfants issus du mariage.

b. Certaines renonciations, celles faites dans le but de changer l'ordre légal des successions, par exemple la renonciation anticipée de la future épouse à la succession de ses enfants à naître du mariage, ou à la succession de l'ascendant qui lui constitue une dot. Cpr. t. II, n. 173.

Au surplus, la règle, que les époux ne peuvent pas par leur contrat déroger à l'ordre légal des successions, est générale ; les cas que cite la loi doivent être considérés seulement comme des exemples.

La partie finale de l'art. 1389 est tout à fait inutile. Elle ne fait que rappeler l'existence d'un droit résultant pour les époux des principes généraux, celui de disposer à titre gratuit de leurs biens dans les limites de la quotité disponible, et auquel ils ne pourraient même pas renoncer, car la convention des parties ne peut pas plus créer que supprimer une incapacité.

10. La deuxième disposition prohibitive que nous avons annoncée est formulée par l'art. 1390 : « *Les époux ne peuvent plus stipuler d'une* » *manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes,* » *lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du* » *territoire français, et qui sont abrogés par le présent Code* ». Ainsi, serait nulle, par application de ce texte, la clause d'un contrat de mariage conçue dans les termes suivants : « Les époux déclarent se soumettre au régime organisé par la coutume de la Rochelle ». Mais pourquoi donc ? Parce que, pour savoir quel est le régime adopté par les époux, il faudrait nécessairement se référer à la coutume de la Rochelle, qui est abrogée. Après avoir doté la France de l'inappréciable bienfait d'une législation uniforme, le législateur ne pouvait pas permettre que la volonté des particuliers fît revivre les anciennes lois qu'il venait d'abroger, et c'est ce qui serait arrivé sans la disposition de l'art. 1390. Les hommes sont naturellement attachés à leurs vieilles lois ; il ne suffit pas toujours de leur en donner de meilleures pour les leur faire oublier. Le législateur devait tenir compte de cette tendance qui aurait pu compromettre, si l'on n'y eût pris garde, l'œuvre de l'unification législative. En condamnant à mort les anciennes coutumes, il ne fallait pas laisser aux particuliers le moyen de les faire revivre.

Ces motifs prouvent que l'art. 1390 doit être appliqué au cas où le contrat de mariage se bornerait à renvoyer à un seul ou à quelques articles d'une loi ou coutume abrogée, tout aussi bien qu'à celui où il renverrait à un ensemble de dispositions. On a élevé des doutes sur l'exactitude de cette solution, en se fondant sur les mots *d'une manière générale,* qui semblent faire allusion à un renvoi général au système adopté par une ancienne loi ou coutume. Tel n'est pas à notre avis le sens de ces expressions. Elles signifient que la clause est nulle, toutes les fois que les époux renvoient *d'une manière générale,* c'est-à-dire *generaliter,* sans autre explication, au texte d'une ancienne loi ou coutume abrogée, de telle façon qu'il soit impossible de connaître le sens de la clause sans se référer à la loi ou coutume et peut-être à ses commentateurs. Cpr. art. 1391, où les mots *d'une manière générale* sont certainement pris dans ce sens. Peu importe d'ailleurs que le renvoi soit fait à un seul ou à plusieurs articles, ou à une section, ou à un chapitre de la loi ou de la coutume Bien entendu, si le renvoi fait à une ancienne loi ou coutume ne porte que sur un point spécial, la nullité n'atteindra que cette disposition, le contrat de mariage demeurant valable pour le surplus.

Mais la prohibition de l'art. 1390 ne va pas plus loin. Ce que cet article défend, c'est seulement un renvoi pur et simple à une loi ou coutume abrogée ; il ne défend nullement aux époux d'emprunter à d'anciennes lois tout ou partie des clauses qui doivent constituer le régime de leur choix. Bien plus, les époux pourraient reproduire littéralement dans leur contrat de mariage le texte d'une ancienne loi ou coutume. Mais le contrat serait interprété de la même manière que si sa rédaction était l'œuvre personnelle des époux, et sans que l'ancien texte dont il est la reproduction puisse avoir aucune autorité quant à cette interprétation. Tout ce que veut le législateur, c'est que le contrat de mariage se suffise à lui-même, qu'il ne soit pas nécessaire, pour en connaître le sens, d'exhumer une législation abrogée.

Par où l'on voit que le législateur, dans l'art. 1390, restreint la liberté des époux dans la forme beaucoup plus qu'au fond.

Ni le texte ni les motifs de l'art. 1390 ne permettent d'appliquer au renvoi fait à une loi étrangère dans un contrat de mariage ce qui vient d'être dit du renvoi à une ancienne loi ou coutume française aujourd'hui abrogée. En d'autres termes, les époux peuvent valablement déclarer qu'ils se réfèrent pour leurs conventions matrimoniales à telle ou telle loi étrangère ; sauf aux tribunaux à ne pas admettre en France l'exécution des dispositions qui seraient proscrites par la loi française comme contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

* **11.** Nous avons épuisé la liste des clauses que les art. 1388 et s. prohibent comme contraires à l'ordre public. Mais nous savons (*supra* n. 4) que cette liste n'est nullement limitative. D'une manière générale, toutes les conventions contraires à l'ordre public sont proscrites dans les contrats de mariage comme dans les autres contrats. Arg. art. 6.

Les règles qui organisent l'incapacité de la femme mariée touchent à l'ordre public. Les parties ne peuvent donc pas modifier ces règles, du moins elles ne peuvent y établir d'autres dérogations que celles autorisées par la loi. Ainsi, la stipulation du régime dotal, que notre loi autorise, a pour effet d'augmenter l'incapacité de la femme mariée, telle qu'elle résulte des règles du droit commun. Elle l'augmente en ce sens que la femme dotale ne peut, même avec l'autorisation de son mari, aliéner ses biens dotaux, ni contracter des obligations exécutoires sur ces mêmes biens. La clause d'un contrat de mariage qui frapperait la femme d'une incapacité plus étendue devrait être déclarée nulle. Telle serait par exemple la clause ainsi conçue : « La femme ne pourra, même avec l'autorisation du mari ou de justice, s'obliger valablement envers les tiers ». Tout au plus une semblable clause pourrait-elle être considérée, par interprétation de la volonté des parties, interprétation qui rentre dans le domaine souverain des juges du fait, comme entraînant soumission partielle au régime dotal et comme frappant la femme de l'incapacité particulière qui résulte de ce régime. La jurisprudence nous paraît aujourd'hui définitivement fixée dans ce sens, par un arrêt, maintenu en cassation, dans lequel la cour de Paris condamne sa jurisprudence antérieure. Paris, 19 juin 1884, Sir., 84. 2. 193, et Cass., 13 mai 1885, Sir., 85. 1. 312.

Nous en dirions autant et par les mêmes motifs de la clause par laquelle la femme s'interdirait le droit de cautionner son mari, faisant ainsi revivre à son profit les dispositions du sénatusconsulte Velléien. Cette clause serait nulle comme frappant la femme d'une incapacité particulière de s'obliger que notre loi n'autorise pas.

§ II. *Des divers régimes matrimoniaux.*

12. On appelle *régime* un ensemble de règles. Le code civil organise quatre régimes matrimoniaux, savoir : le régime en communauté, le

régime exclusif de communauté, le régime de séparation de biens et le régime dotal.

Quelques explications sommaires sur chacun de ces régimes.

1° *Régime en communauté.* Sous ce régime, il existe un fonds commun aux deux époux, composé de certains biens que nous déterminerons plus tard et qui est destiné à être partagé entre les époux ou leurs représentants lors de la dissolution de l'association conjugale. Ce fonds commun constitue la *communauté.* Ceux des biens de chaque époux qui n'y entrent pas forment son patrimoine propre. Il y a donc, sous ce régime, trois patrimoines à considérer : le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme et le patrimoine commun aux deux époux ou patrimoine de la communauté. C'est au mari qu'appartient l'administration de ces trois patrimoines.

La communauté est dite *légale* quand les parties l'ont acceptée telle que la loi l'organise, *conventionnelle* quand elles l'ont modifiée par leur convention.

2° *Régime d'exclusion de communauté.* Chaque époux conserve la propriété de tous les biens qu'il a apportés lors du mariage ou qui lui adviennent pendant sa durée. Le mari administre, outre sa fortune personnelle, celle de sa femme, et jouit de tous les revenus de celle-ci, sous la seule obligation de satisfaire aux charges du mariage ; les économies qu'il réalise lui appartiennent en totalité.

3° *Régime de séparation de biens.* Sous ce régime, comme sous le précédent, chaque époux conserve à titre de propres tous ses biens présents et tous ses biens à venir. Mais, à la différence de ce qui a lieu sous l'exclusion de communauté, le mari n'a ni l'administration ni la jouissance des biens personnels de sa femme ; c'est la femme qui administre son patrimoine et qui en jouit, sous l'obligation toutefois de verser tous les ans une certaine portion de ses revenus entre les mains du mari, pour l'aider à supporter les charges du mariage. Cette portion est déterminée par la convention des parties, et, à défaut, par la loi.

4° *Régime dotal.* Les biens de la femme mariée sous ce régime se divisent en deux catégories : biens *dotaux,* et biens *paraphernaux* ou *extra-dotaux.* Sont *dotaux* tous les biens que la femme s'est constitués en dot ou qui lui ont été donnés en contrat de mariage (art. 1541) ; tous les autres biens de la femme sont *paraphernaux.*

Les biens dotaux, au moins les immeubles, sont inaliénables pendant toute la durée du mariage. Le mari en a l'administration et la jouissance, sous la seule obligation de satisfaire aux charges du mariage ; il profite par conséquent des économies qu'il réalise sur les revenus de ces biens, comme sur ceux de ses biens propres.

Au contraire, c'est à la femme qu'appartiennent l'administration et la jouissance des biens paraphernaux : elle dispose librement des revenus de ces biens, sauf l'exception portée en l'art. 1575.

13. La soumission au régime dotal exige une stipulation expresse. Et toutefois, ici pas plus qu'ailleurs, la loi ne requiert l'emploi de termes sacramentels : il suffit que la volonté des parties soit manifestée de telle manière qu'elle ne puisse présenter aucun doute. Cela résulte de l'art. 1392, ainsi conçu : « *La simple stipulation que la femme se » constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas pour » soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de » mariage une déclaration expresse à cet égard. — La soumission au » régime dotal ne résulte pas non plus de la simple déclaration faite par » les époux, qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens* ».

14. Aux termes de l'art. 1391 : « *Ils* [les époux] *peuvent... déclarer, » d'une manière générale, qu'ils entendent se marier ou sous le régime de » la communauté, ou sous le régime dotal. — Au premier cas, et sous le » régime de la communauté, les droits des époux et de leurs héritiers » seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent titre. — Au » deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs droits seront réglés par » les dispositions du chapitre III* ». Ainsi, les futurs époux, qui veulent se soumettre au régime de la communauté ou au régime dotal, peuvent se borner à un renvoi pur et simple aux dispositions du code civil, en disant par exemple qu'ils adoptent le régime dotal tel qu'il est organisé par le code civil, ou simplement qu'ils adoptent le régime dotal. Un renvoi au code civil ne présente aucun des inconvénients que présenterait le renvoi à une loi ou coutume aujourd'hui abrogée, inconvénients qui ont motivé la disposition de l'art. 1390. Aussi faut-il décider sans hésitation que ce n'est pas seulement, comme semble le dire l'art. 1391, quand les époux veulent se marier sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal qu'ils peuvent se référer d'une manière générale aux dispositions du code civil, mais aussi quand ils veulent adopter l'un des deux autres régimes organisés par ce code, savoir l'exclusion de communauté ou la séparation de biens, ou lui emprunter une disposition quelle qu'elle soit.

15. Régime de droit commun. — Il peut arriver que deux époux n'aient pas fait de contrat de mariage ; nulle disposition législative ne les y oblige. A quel régime seront-ils soumis ? Le législateur devait, en vue de cette situation qui est fréquente, établir un régime *de droit commun,* que les époux seraient censés avoir adopté par cela seul qu'ils n'en auraient pas stipulé un autre. De même que la loi a fait le testament de tout homme qui meurt sans avoir manifesté légalement ses volontés dernières, de même elle devait faire le contrat de mariage

de tous ceux qui se marient sans indiquer le régime auquel ils entendent se soumettre; et, de même que, dans la détermination des vocations héréditaires, la loi s'est inspirée de la volonté probable du défunt, de même, en faisant le contrat de mariage de droit commun, elle devait se conformer à la volonté probable des époux. Elle n'a pas failli à ce double devoir.

Il y avait à choisir entre le régime de la communauté, enfant du sol, objet de la prédilection des pays de coutume, et le régime dotal, d'origine exotique, pratiqué dans les pays *de droit écrit*. Le législateur a donné la préférence au premier. « *A défaut de stipulations spéciales* » *qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles* » *établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit* » *commun de la France* » (art. 1393). Ce choix se justifie à un triple point de vue : 1° Le régime de la communauté était dans notre ancien droit le régime de la majorité des Français : les pays de droit coutumier étaient plus nombreux et plus peuplés que ceux de droit écrit; 2° Ce régime, qui joint une société de biens à la société de personnes fondée par le mariage, et qui établit ainsi entre les époux une certaine solidarité d'intérêts, est plus conforme à la nature du mariage que le régime dotal, qui crée entre les époux une séparation complète de biens; 3° Enfin le régime de la communauté est plus favorable aux tiers que le régime dotal, qui leur tend un piège dans lequel ils se prennent souvent; il est plus favorable aussi au crédit, auquel l'inaliénabilité dotale porte une grave atteinte.

Le régime de la communauté légale étant le régime de droit commun, concluons-en : d'une part, qu'il s'appliquerait, non seulement aux époux qui n'ont pas fait de contrat, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause, mais aussi à ceux qui ont fait un contrat nul ou inintelligible; et d'autre part, que, lorsque les époux ont fait un contrat, les dispositions du régime de la communauté légale s'appliqueront sur tous les points auxquels le contrat n'a pas dérogé.

16. A quel régime seront soumis deux époux, qui se sont mariés *en France* sans contrat, lorsqu'ils sont l'un et l'autre étrangers, ou l'un français et l'autre étranger? Sera-ce à la communauté, qui forme le droit commun de la France, ou au régime de droit commun fixé par la loi étrangère? Même question pour les époux qui se sont mariés *en pays étranger* sans contrat, lorsqu'ils sont tous les deux français, ou l'un français et l'autre étranger.

La loi française attribue aux Français, qui se marient sans contrat en France, le régime de la communauté légale, parce qu'elle suppose que, n'ayant pas dérogé, comme ils auraient pu le faire, aux règles de ce régime qui forme le droit commun, ils ont entendu l'adopter. Mais cette supposition ne doit plus nécessairement être admise dans l'espèce proposée, les époux ayant fort bien pu vouloir adopter le régime de droit commun fixé par la loi étrangère, ce que nulle disposition législative ne leur défend. Toute la question est de savoir quelle a été leur intention à cet égard. En cas de contestation, les juges devraient apprécier cette intention d'après les

circonstances de la cause. Le domicile des époux, soit celui qu'ils avaient au moment de la célébration du mariage, soit celui qu'ils se proposaient d'acquérir immédiatement après ou domicile matrimonial, fournira à cet égard les inductions les plus puissantes. Cass., 15 juillet 1885, Sir., 86. 1. 225, et 18 mai 1886, Sir., 86. 1. 243.

§ III. *De la forme du contrat de mariage.*

17. Le contrat de mariage est un contrat solennel, c'est-à-dire un de ces contrats dans lesquels la forme est un élément vital : *forma dat esse rei.* En quoi consiste cette forme? L'art. 1394 al. 1 répond : « *Toutes conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage,* » *par acte devant notaire* ». La forme requise est donc la forme notariée. Le notaire est le seul officier public compétent pour recevoir un contrat de mariage. L'acte qu'il dresse à cet effet doit être retenu en minute (argument tiré de ces mots de l'art. 1397 *à la suite de la minute...* et des art. 20 et 25 de la loi du 25 ventôse de l'an XI).

Conformément au droit commun, le notaire rédacteur doit être assisté d'un notaire en second ou de témoins instrumentaires. Mais la présence réelle de ce notaire en second ou de ces témoins n'est pas requise à peine de nullité. En effet, les contrats de mariage ne figurent pas dans l'énumération limitative, donnée par l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, des actes soumis à l'accomplissement de cette formalité; et cette omission a été faite à dessein, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires de la loi. Il a même été expliqué, tant à la chambre des pairs qu'à celle des députés, que les contrats de mariage échappent à la disposition relative à la présence réelle, même quand ils contiennent des donations faites en faveur du mariage, bien que les actes portant donations figurent sur la liste donnée par l'art. 2 de la loi. C'est une immunité accordée aux donations faites par contrat de mariage Elle s'explique par la faveur dont la loi entoure ces donations. D'ailleurs les donations dont il s'agit ne devenant irrévocables, comme le contrat lui-même, que par la célébration du mariage, on ne peut guère craindre qu'elles soient le fruit de la captation ; il était donc inutile de les soumettre à l'accomplissement d'une formalité qui a principalement été établie comme une garantie contre la captation. L'immunité ne profiterait pas aux donations faites en faveur du mariage, mais en dehors du contrat. Elles resteraient soumises, comme toute autre donation, à l'application de l'art. 2 précité. Lyon, 1er janvier 1883, Sir., 84. 2. 153.

Ainsi, la loi exige que les conventions matrimoniales soient constatées par un acte notarié retenu en minute; mais cet acte échappe, dans tous les cas, aux exigences de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, relativement à la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires.

Un contrat de mariage ne pourrait donc pas valablement être passé dans la forme sous seing privé. La loi n'a pas voulu qu'un acte de cette importance pût être livré aux hasards d'une vérification d'écritures. D'un autre côté, un acte sous seing privé, même enregistré, n'eût pas présenté les mêmes garanties qu'un acte notarié, au double point de vue de sa conservation et de l'immutabilité des conventions matrimoniales qu'il constate; car les époux auraient pu facilement le faire disparaître ou en modifier les dispositions. Enfin, il a pu paraître dangereux d'autoriser les époux à être eux-mêmes les ministres de

leur propre volonté dans un acte aussi important et aussi difficile que le contrat de mariage; les connaissances spéciales du notaire dont la loi leur impose le ministère, fourniront souvent un utile secours à des époux dépourvus de toutes connaissances juridiques : l'acte sera rédigé avec plus de netteté et de précision, et bien des mécomptes seront ainsi évités, non seulement aux époux, mais aussi aux tiers qui entreront en relations d'affaires avec eux.

Le contrat de mariage fait par acte sous seing privé serait plus que nul, il serait inexistant. Telle est la conséquence du défaut d'accomplissement des formes prescrites par la loi, quand il s'agit d'un acte solennel. Un semblable contrat ne pourrait donc pas être confirmé ou ratifié par les parties; on ne confirme pas le néant. La jurisprudence et la grande majorité des auteurs admettent qu'il pourrait être confirmé expressément ou tacitement par les héritiers des parties; on applique ici l'art. 1340. Mais n'est-ce pas oublier que l'art. 1340 est une disposition tout exceptionnelle, dont il est même très difficile de donner, au point de vue juridique, une explication satisfaisante, et qui par suite ne doit pas être étendue d'un cas à un autre, surtout quand il n'y a pas les mêmes motifs de décider?

Quelques-unes de nos anciennes coutumes, elles étaient assez rares, admettaient la validité des contrats de mariage passés par actes sous seings privés. Il va sans dire que les contrats de mariage, faits sous l'empire de ces coutumes et conformément à leurs dispositions, n'ont pas cessé d'être valables depuis la promulgation du code civil. Arg. art. 2.

Certaines législations étrangères autorisent aussi l'usage de la forme sous seing privé pour les contrats de mariage. Conformément à la règle *Locus regit actum,* un Français pourrait valablement faire son contrat de mariage en cette forme dans un pays où elle est admise. Cpr. t. I, n. 84.

17 *bis.* Il y a une autre condition qui nous paraît se rattacher à la forme du contrat de mariage et qui par conséquent serait requise pour l'existence du contrat et non pas seulement pour sa validité. Les futurs époux doivent être personnellement présents au contrat ou tout au moins s'y faire représenter par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique. Cpr. *infra* n. 1321. Dans nos anciennes provinces de droit écrit, il était d'usage à peu près constant que les contrats de mariage fussent dressés hors la présence de la future épouse; le futur époux lui-même n'y assistait pas toujours : le père ou les parents des époux stipulaient en leur nom sans mandat spécial. Un contrat de mariage fait conformément à ces anciennes traditions devrait être considéré comme inexistant, alors même qu'il s'agirait d'un époux mineur et qu'on se serait porté fort pour lui. En effet, en admettant même que le futur époux pour lequel on s'est porté fort ratifiât le contrat, son consentement ne serait pas exprimé, comme le veut la loi, en la forme authentique et avant la célébration du mariage. Tout intéressé pourrait se prévaloir de l'inexistence du contrat, et les époux se trouveraient mariés sous le régime de la communauté légale. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître l'invalidité du contrat; on ne discute que sur les conséquences de cette invalidité.

§ IV. *De l'époque à laquelle doivent être rédigées les conventions matrimoniales. — De leur immutabilité.*

18. Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage (art. 1394). Après, il serait trop tard, fût-ce le jour même du mariage et quelques instants après sa célébration.

Le principe, que les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage, devait nécessairement entraîner cette conséquence, qu'elles ne peuvent être modifiées après ; car modifier une convention matrimoniale, c'est en faire une nouvelle. Cette conséquence est formulée par l'art. 1395 : « *Elles* [les conven- » tions matrimoniales] *ne peuvent recevoir aucun changement après la* » *célébration du mariage* ». Le mariage met donc le sceau au contrat. Jusque-là ce contrat n'était qu'un pro et; à partir de la célébration, il devient une charte immuable.

Le code civil a consacré sur ce point la règle des pays de coutume. En pays de droit écrit, les conventions matrimoniales pouvaient, conformément aux traditions du droit romain, être faites ou modifiées après la célébration du mariage.

Mais pourquoi cette immutabilité des conventions matrimoniales? Avant le mariage, les époux jouissent d'une complète indépendance; après sa célébration, il y en a presque toujours un qui domine l'autre, ordinairement c'est le mari ; la faculté de faire ou de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage aurait fourni un moyen d'oppression au plus fort contre le plus faible. En supposant les deux époux doués d'une égale force de résistance, cette faculté aurait pu nuire à la bonne harmonie du ménage, l'un des époux persistant à refuser, parce qu'elle lui est désavantageuse, une modification que l'autre sollicite avec insistance parce qu'elle lui est favorable. Enfin, la faculté de modifier les conventions matrimoniales après la célébration du mariage aurait fourni aux époux un moyen facile de tromper les tiers, et en outre de violer l'art. 1096, en se faisant des donations irrévocables.

Ce sont là des considérations d'ordre public. Il en résulte : 1° Que la nullité, qui frappe toute convention matrimoniale faite en violation des art. 1394 et 1395, est absolue ; elle pourrait donc être proposée par tout intéressé et ne serait pas susceptible de se couvrir soit pendant le mariage, soit même après sa dissolution, par une confirmation ou ratification expresse ou tacite; 2° Que toute clause, par laquelle les parties se seraient réservé le droit de modifier leurs conventions matrimoniales pendant le mariage, serait nulle et de nul effet. Arg. art. 6.

Il n'y aurait pas changement aux conventions matrimoniales, si le paiement de la dot constituée à l'un des époux était effectué en valeurs différentes, par exemple si, d'un commun accord, au lieu et place d'une somme qu'il a promise en dot au mari, le constituant lui donnait en paiement un immeuble. La *datio in solutum* apporte une modification à l'exécution de la convention, mais non à la convention elle-même. La jurisprudence est en ce sens : Paris, 11 mars 1879, Sir., 79. 2. 172.

19. Les conventions matrimoniales ne deviennent immuables que par la célébration du mariage; jusqu'à cette époque, elles sont donc susceptibles de modifications. La loi désigne ces modifications sous le nom de *changements ou contre-lettres* (art. 1396). La particule *ou*, qui réunit ces deux expressions dans le texte précité, semble indiquer que le législateur les considère comme synonymes. Voyez toutefois l'art.

1397, qui dit *changements* ET *contre-lettres*. Au surplus, il n'y a pas grand intérêt à savoir s'il existe une différence entre les changements et les contre-lettres et quelle est cette différence, puisque la même règle s'applique aux uns et aux autres. Le législateur aurait pu se borner à employer l'expression *contre-lettre*, qui était traditionnelle en cette matière pour désigner toute espèce de modifications aux conventions matrimoniales.

20. Les conditions, exigées par la loi pour la validité des changements ou contre-lettres, varient, suivant qu'on les envisage par rapport aux parties contractantes ou par rapport aux tiers.

21. a. *Entre les parties contractantes.* — Deux conditions sont requises pour la validité du changement ou contre-lettre entre les parties contractantes. Elles sont indiquées par l'art. 1396, ainsi conçu : « *Les changements qui y seraient faits avant cette célébration, doivent* » *être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de* » *mariage. — Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable* » *sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes* » *qui ont été parties dans le contrat de mariage* ».

PREMIÈRE CONDITION. Les changements ou contre-lettres doivent être passés dans la même forme que le contrat de mariage. C'est tout simple; car le changement à une convention matrimoniale constitue une convention matrimoniale nouvelle.

DEUXIÈME CONDITION. Le changement doit être effectué en présence de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage et avec leur consentement simultané (art. 1396). — La loi exige d'abord la présence de toutes les parties; l'absence d'une seule, eût-elle été mise en demeure de se présenter, rendrait donc le changement impossible. Bien entendu, ici, comme pour le contrat lui-même, chaque partie pourrait se faire représenter par un mandataire. — La loi exige ensuite le consentement *simultané* de toutes les parties; des consentements isolés, donnés par chacune séparément, ne suffiraient donc pas. Quel en est le motif? Un consentement collectif est plus difficile à obtenir que des consentements isolés; à ce titre le consentement collectif offre une plus grande garantie, et c'est pour cela que le législateur l'exige. Ici comme ailleurs l'union fait la force : les parties réunies refuseront souvent, à la suite de l'échange de vues qu'amène une discussion, ce qu'elles auraient concédé prises isolément.

D'ailleurs, il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, que la contre-lettre constate le fait de la présence et du consentement simultané de toutes les parties.

22. Quelles sont les personnes que l'on doit considérer comme *parties* au contrat de mariage, et dont par suite le concours est nécessaire pour la validité du changement ou contre-lettre ? Ce sont toutes

celles qui ont figuré au contrat pour y jouer un rôle actif, soit en stipulant ou en promettant quelque chose, soit en donnant une autorisation nécessaire pour la perfection du contrat.

D'après cela, sont parties au contrat :

1° Les futurs époux ;

2° Les parents du futur époux mineur, dont le consentement était nécessaire pour habiliter cet époux à régler ses conventions matrimoniales (art. 1398).

Mais on ne devrait pas, à notre avis, considérer comme parties en cette seule qualité les ascendants du futur époux, qui ont figuré au contrat, et dont le consentement, nécessaire pour la validité du mariage de cet époux, ne l'était pas pour la validité de son contrat de mariage : ce qui ne peut s'appliquer qu'aux fils majeurs de 21 ans et mineurs de 25 ans (art. 148). Pour préciser, un fils âgé de 22 ans fait son contrat de mariage ; le père y assiste, sans y jouer on le suppose aucun rôle actif, et bien que sa présence ne soit pas nécessaire le fils étant majeur ; plus tard, les futurs époux veulent faire un changement au contrat. Ils pourront le réaliser sans le consentement du père. — On objecte que le père a ici un droit de contrôle indirect sur les conventions matrimoniales de son enfant, en ce sens qu'il peut refuser son consentement au mariage, et en rendre ainsi la conclusion impossible, si le contrat n'est pas conforme à ses vues ; que le père a manifesté l'intention d'exercer ce droit de contrôle en assistant au contrat, et qu'il y est ainsi devenu partie ; que par suite son concours est nécessaire pour tout changement ou contre-lettre ; autrement les futurs époux pourraient le dépouiller indirectement de son droit de contrôle, en faisant pénétrer dans leur contrat, sous forme de changements, des stipulations dont le père n'aurait pas connaissance, et qui, si elles avaient figuré dans le contrat primitif, l'auraient peut-être déterminé à refuser son consentement au mariage. — La réponse est qu'on ne peut pas considérer comme partie à un acte une personne qui n'y a rien stipulé ni rien promis, et dont le consentement d'ailleurs n'était pas nécessaire pour la perfection de l'acte. Que le père refuse son consentement au mariage s'il n'approuve pas le changement, voilà son seul droit. Il a d'ailleurs un moyen facile de découvrir les changements qu'on aurait voulu lui cacher, c'est de se faire communiquer, au moment du mariage, la minute du contrat auquel il a figuré ; car le changement a dû être rédigé à la suite de cette minute (art. 1397).

A plus forte raison, ne doit-on pas considérer comme parties les ascendants des futurs époux, qui ont figuré au contrat, et dont les futurs époux étaient seulement obligés de requérir le conseil ; bien moins encore les autres parents des futurs, qui n'ont figuré au contrat que *honoris causa* et qui y ont apposé leur signature à ce titre sans avoir rien stipulé ni promis.

3° Enfin, sont parties au contrat les personnes qui y ont figuré pour faire des donations aux futurs ou à l'un d'eux, et aussi les tiers qui s'y sont engagés comme cautions au paiement de la dot promise ou qui y ont constitué une hypothèque destinée à assurer ce paiement.

Toutefois, le refus d'un donateur de consentir au changement projeté ne rendra pas ce changement impossible ; les époux pourront l'opérer sans le consentement du donateur en renonçant au bénéfice de la donation, et c'est ce qu'ils sont réputés avoir fait s'ils ont procédé à un changement sans l'assentiment du donateur. Le donateur n'est plus lié par le contrat, puisque son économie, qui constituait sans doute à ses yeux une des conditions de la donation, se trouve changée sans son assentiment.

23. b. *A l'égard des tiers.* — Il faut entendre ici par *tiers* tous ceux qui ont traité avec les époux sur la foi du contrat primitif et dans l'ignorance du changement, par exemple celui auquel les époux auraient vendu un immeuble aliénable d'après le contrat et inaliénable d'après la contre-lettre. Nous croyons que les créanciers chirographaires des époux devraient, eux aussi, être considérés comme des tiers, s'ils n'ont pas eu connaissance de la contre-lettre et qu'elle leur nuise. Il y a toutefois des dissidences sur ce point.

Les deux conditions, que l'art. 1396 exige pour que la contre-lettre soit valable entre les parties, sont nécessaires aussi pour qu'elle produise effet *à l'égard des tiers;* mais elles ne suffisent plus. En effet, aux termes de l'art. 1397 : « *Tous changements et contre-lettres, même » revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet » à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du » contrat de mariage; et le notaire ne pourra, à peine des dommages et » intérêts des parties, et sous plus grande peine s'il y a lieu, délivrer ni » grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite » le changement ou la contre-lettre* ».

Les conditions requises par ce texte dans l'intérêt des tiers sont au nombre de deux :

1° La contre-lettre doit être rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage. En l'absence de cette première condition, la contre-lettre ne pourrait pas être opposée aux tiers, parce que la loi suppose qu'ils ont pu l'ignorer.

2° Le notaire, qui délivre des grosses ou des expéditions du contrat de mariage, doit transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre : le tout, dit la loi, « à peine des dommages et intérêts des par- » ties, et sous plus grande peine s'il y a lieu ».

Les derniers mots du texte que nous venons de transcrire font allusion aux peines disciplinaires, que la négligence du notaire pourrait, selon les cas, lui faire encourir; ces peines sont la suspension, et même la destitution.

Mais que signifient ces mots « à peine des dommages et intérêts *des parties* » ? Suivant l'opinion générale, la loi désignerait ici sous la dénomination de *parties* les tiers qui ont traité avec les époux sur la foi de l'expédition incomplète, et le texte signifierait que le changement est opposable aux tiers, bien qu'ils n'aient pu en avoir connaissance, l'expédition qui leur a été communiquée n'en faisant pas mention; mais, comme ils éprouveraient ainsi un préjudice par la faute du notaire, celui-ci serait tenu de leur fournir la réparation sous forme de dommages et intérêts. On le voit, cette opinion fait retomber les conséquences de la faute du notaire, qui délivre une expédition incomplète, sur les tiers, et non sur les époux. Il n'y a, dit-on, aucune faute à reprocher aux époux, tandis qu'on peut en reprocher une, bien légère, il est vrai, aux tiers qui ont reçu du notaire une expédition incomplète : ils auraient pu demander au notaire de les autoriser à confronter l'expédition avec la

minute pour voir si elle en était la reproduction fidèle.— La faute est tellement légère qu'à notre avis il n'y a pas de faute. Les usages ne permettent guère d'adresser à un notaire une demande aussi insolite et d'un caractère aussi blessant que celle dont il vient d'être parlé. Dans la pratique d'ailleurs, ce seront presque toujours les époux qui obtiendront du notaire l'expédition du contrat et la remettront aux tiers. Si elle est incomplète, n'est-il pas juste alors que les conséquences en retombent sur les époux, qui auraient pu facilement s'apercevoir de la lacune et la signaler, plutôt que sur les tiers qui n'ont pas pu la soupçonner. Aussi nous paraît-il plus probable que, dans la pensée du législateur, ces mots *les parties* désignent les époux qui ont été parties au contrat : interprétation beaucoup plus naturelle que la précédente et qui trouve un point d'appui solide dans l'historique de la rédaction de la loi. De sorte que finalement, les conséquences de la faute du notaire, qui délivre une expédition incomplète, devraient retomber sur les époux, en ce sens qu'ils n'auraient pas le droit d'opposer la contre-lettre aux tiers, qui ont traité avec eux sur la foi de l'expédition incomplète, sauf leur action en dommages et intérêts contre le notaire.

§ V. *De la capacité requise chez les futurs époux pour le règlement de leurs conventions matrimoniales.*

24. Le majeur maître de ses droits a capacité pleine et entière pour le règlement de ses conventions matrimoniales, alors même qu'il aurait besoin du consentement d'un ascendant pour se marier (art. 148). Cpr. *supra* n. 22.

25 On sait que le mineur parvenu à un certain âge peut contracter mariage (v. art. 144); peut-il aussi régler ses conventions matrimoniales? La loi fait au futur époux mineur une application particulière de l'ancienne règle *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia :* elle l'autorise à régler lui-même ses conventions matrimoniales, mais à la condition d'être assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage, soumettant ainsi la validité du contrat accessoire à une condition de capacité analogue à celle qui est requise pour le contrat principal : ce qui est assez rationnel. On lit à ce sujet dans l'art. 1398 : « *Le mineur habile à contracter* » *mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est* » *susceptible; et les conventions et donations qu'il y a faites, sont vala-* » *bles, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le* » *consentement est nécessaire pour la validité du mariage* ». Comparez art. 1095 et 1309.

Le mineur ne peut valablement procéder au règlement de ses conventions matrimoniales qu'autant qu'il est « habile à contracter mariage ». Il faut donc qu'il ait atteint l'âge fixé par l'art. 144 ou obtenu une dispense d'âge. Autrement le contrat de mariage serait nul, et il demeurerait tel alors même que le mariage serait célébré plus tard en temps de capacité.

26. Le mineur, émancipé ou non, joue lui-même son propre rôle dans son contrat de mariage : c'est lui qui parle, c'est lui qui stipule, avec l'assistance de certains parents. Dérogation grave aux règles

générales, d'après lesquelles le mineur ne figure pas personnellement dans les actes de la vie civile qui l'intéressent, mais y est représenté par son tuteur (art. 450).

Les parents, dont l'assistance est requise pour la validité du contrat de mariage du mineur, sont ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage, sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir s'ils sont ou non investis de la tutelle de l'enfant. Ainsi le mineur, qui est sous la tutelle de son oncle, sa mère ayant refusé la tutelle ou même en ayant été exclue ou destituée, n'en devra pas moins être assisté de celle-ci pour le règlement de ses conventions matrimoniales. On ne devrait même pas tenir compte de l'opposition d'intérêts, qui existerait entre le mineur et l'ascendant qui a mission de consentir à son mariage; car nous n'avons pas ici de disposition analogue à celle des art. 420 et 442-4°. Sur plusieurs de ces points, le législateur a peut-être manqué de prévoyance.

La loi requiert pour la validité du contrat de mariage du mineur, quelque chose de plus que le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve relativement à son mariage; elle exige leur *assistance* (art. 1095, 1309 et 1398). Le vœu du législateur est ponctuellement rempli, lorsque les personnes dont il vient d'être parlé accompagnent le futur devant le notaire : ce qui permet un débat contradictoire sur les diverses clauses du contrat de mariage. Mais il est généralement admis, en doctrine et en jurisprudence, que la présence personnelle des protecteurs de l'enfant n'est pas absolument indispensable. Nous remarquons en faveur de cette solution que la loi ne dit pas que les ascendants ou le conseil de famille doivent *assister au contrat,* mais bien qu'ils doivent *assister le mineur.* Or, si on ne peut pas assister à une séance sans y être personnellement présent, on peut au contraire assister une personne de loin; car assister quelqu'un ne signifie pas seulement être à ses côtés (*sistere ad*), mais aussi l'aider, le secourir. D'ailleurs, il peut y avoir de grandes difficultés, une impossibilité même à ce qu'un ascendant se déplace, et la loi ne pouvait pas exiger l'impossible. — Suffira-t-il, en pareil cas, que celui ou ceux qui sont chargés de consentir au mariage de l'enfant l'autorisent, en termes généraux et sans autre explication, à passer son contrat de mariage? Assurément non. La loi veut, les expressions énergiques qu'elle emploie le prouvent, que celui ou ceux qu'elle assigne à l'enfant pour ses protecteurs, l'aident de leurs conseils et de leurs lumières dans l'œuvre difficile du règlement de ses conventions matrimoniales, et non pas qu'ils abdiquent, qu'ils se désintéressent de leur mission. Le mieux serait, en pareille circonstance, de transmettre aux ascendants ou au conseil de famille, dont l'assistance est requise, le projet de contrat de mariage du mineur, et d'obtenir leur approbation par acte authentique de toutes les clauses du contrat : ou bien encore ils pourraient désigner, pour intervenir à leur place, un délégué muni d'une procuration spéciale et authentique déterminant les conditions de son adhésion au contrat (arg. art. 36 et 73). En ce sens, Cass., 16 juin 1879, Sir., 80. 1. 166.

27. Notre ancienne jurisprudence n'autorisait le mineur à stipuler dans son contrat de mariage que les conventions matrimoniales ordinaires, et non celles qui étaient exorbitantes du droit commun, comme la communauté universelle ou l'ameublissement de tous les immeubles. Aussi Dumoulin donna-t-il à l'ancienne maxime cette formule nouvelle : *Habilis ad nuptias habilis ad omnia pacta et renun-*

tiationes quæ apponi in talibus solent. Notre législateur a supprimé ces restrictions. L'art. 1398 déclare le mineur assisté comme de droit habile à consentir *toutes les conventions dont le contrat est susceptible.* Il s'agit seulement bien entendu des conventions *matrimoniales,* c'est-à-dire des conventions relatives à la formation et au règlement de l'association conjugale et des donations au conjoint. Dans ce domaine le mineur, avec l'assistance requise, est aussi capable qu'un majeur. Le droit commun reprendrait son empire pour les autres conventions, une vente par exemple, qui par accident trouveraient place dans le contrat de mariage. Limoges, 29 janvier 1879, Sir., 79. 2. 232.

La règle *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia* souffre cependant une exception, dont le mérite est d'ailleurs fort contestable : elle résulte de l'art. 2140, qui ne permet pas à la femme mineure de consentir dans son contrat de mariage la restriction de son hypothèque légale.

28. Qu'arrivera-t-il maintenant, si un mineur *habilis ad nuptias* a passé son contrat de mariage sans l'assistance requise? L'art. 1398 dit implicitement, mais néanmoins très clairement, que le contrat ne sera pas valable (cpr. art. 1309), et comme il ne s'explique pas sur le caractère de cette invalidité, nous en concluons qu'il y a lieu d'appliquer le droit commun sur la rescision résultant de l'incapacité des mineurs.

On se trouve ainsi conduit à décider :

1° Que le droit d'attaquer le contrat appartiendra au mineur qui n'a pas été protégé comme le veut la loi, mais non à son conjoint. Arg. art. 1125. Voyez cependant Cass., 16 juin 1879, Sir., 80. 1. 166. Appartiendrait-il aux tiers? L'art. 1125 n'y fait pas obstacle, car il dit seulement que le contrat ne peut pas être attaqué par la partie capable, sans ajouter qu'il ne peut l'être par aucun autre que l'incapable; et d'autre part, les conventions matrimoniales sont, en principe, opposables aux tiers et peuvent être invoquées par eux; or ce qu'ils demandent ici, c'est qu'on leur applique les véritables conventions matrimoniales des époux et non celles contenues dans un contrat entaché de nullité.

2° Que le mineur ne pourra attaquer le contrat qu'en démontrant qu'il est pour lui la source d'une lésion. Arg. art. 1305. Cette solution trouve en outre un point d'appui très résistant dans l'art. 1309 qui nous présente le mineur comme étant *restituable* contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'il a passé ce contrat sans l'assistance requise par la loi; on sait que le mot *restitution* fait toujours allusion, dans le langage du code civil, à la rescision pour cause de lésion. Nous n'adhérons donc pas à l'opinion commune, consacrée aussi par la jurisprudence, qui, considérant comme nul *pour vice de formes* le contrat dans lequel le mineur n'a pas été assisté comme le veut la loi, lui permet de l'attaquer indépendamment de toute lésion. Nous avons démontré (t. II, n. 1159) que la loi ne considère pas l'assistance du curateur du mineur émancipé comme une forme, mais bien comme une condition de capacité; il doit en être de même de l'assistance des personnes chargées d'habiliter le mineur pour son contrat de mariage.

3° Enfin que si le mineur fait prononcer la nullité de son contrat de mariage, son association conjugale sera régie par la communauté légale.

29. Les règles que nous venons d'exposer nous paraîtraient applicables aussi au cas où la nullité du contrat de mariage résulterait de ce qu'il aurait été passé par un mineur n'ayant pas encore atteint l'âge requis par la loi pour pouvoir contracter mariage.

30. La loi, qui s'occupe dans l'art. 1398 des mineurs, ne dit rien des interdits ni

des personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Ces incapables peuvent-ils régler eux-mêmes leurs conventions matrimoniales?

En ce qui concerne les personnes placées sous conseil, soit pour cause de faiblesse d'esprit (art. 499), soit pour cause de prodigalité (art. 513), on est à peu près d'accord pour décider qu'elles peuvent se marier sans l'assistance de leur conseil, le mariage ne figurant pas dans l'énumération que donnent les art. 499 et 513 des actes pour lesquels l'assistance du conseil est exigée. On pourrait objecter que le mariage du prodigue ou du faible d'esprit, s'il est fait sans contrat, aura pour conséquence de grever ses biens d'une hypothèque légale au profit de sa femme (art. 2121) et de le soumettre au régime de la communauté légale, ce qui peut entraîner une aliénation partielle de ses biens; que par suite l'assistance de son conseil lui est nécessaire pour se marier, puisqu'il ne peut sans cette assistance ni hypothéquer ses biens ni les aliéner (art. 499 et 513). La réponse est facile : ce n'est pas ici le prodigue ou le faible d'esprit qui aliène ses biens ou qui les grève d'hypothèque; il se marie, et c'est la loi qui fait produire ces conséquences à son mariage. D'ailleurs la communauté légale est le régime que notre législateur a considéré, à tort ou à raison, comme conciliant le mieux les intérêts respectifs des époux. Cpr. Caen, 20 mars 1878, Sir., 78. 2. 105.

Capable pour se marier sans l'assistance de son conseil, le prodigue ou le faible d'esprit est-il capable aussi pour régler seul ses conventions matrimoniales? La cour de cassation l'admet. Ainsi le veut, dit-elle, la règle *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* — Ce serait à merveille, si cette règle était écrite dans le code; mais on ne l'y trouve nulle part, au moins formulée en termes généraux. La loi en fait une application unique au mineur (art. 1398), et les règles de l'interprétation ne permettent pas d'étendre cette application en dehors du cas prévu. Le prodigue et le faible d'esprit, pourvus d'un conseil judiciaire, restent donc soumis au droit commun pour le règlement de leurs conventions matrimoniales. Or, d'après le droit commun, ils ne peuvent pas aliéner sans l'assistance de leur conseil. Donc cette assistance leur sera nécessaire pour leur contrat de mariage, toutes les fois du moins que les dispositions de ce contrat entraîneront une aliénation totale ou partielle de leurs biens. Dans le cas contraire, par exemple si le régime adopté est celui de la séparation de biens, le prodigue ou le faible d'esprit pourrait agir seul.

La nullité résultant du défaut d'assistance du conseil judiciaire, dans les cas où cette assistance est requise, nous semble ne pouvoir être invoquée que par l'incapable (arg. art. 1125). Reste à savoir sur quoi frappera la nullité; sera-ce sur le contrat tout entier, ou seulement sur les clauses qui contiennent des aliénations? C'est à ce dernier parti qu'on semble en général se rallier, d'après la règle *Utile per inutile non vitiatur*. Mais dans bien des cas n'arrivera-t-on pas ainsi à un résultat inacceptable comme étant tout à fait contraire à la justice et à la volonté des contractants? Ainsi le contrat contient des donations réciproques; on va donc annuler celles qui ont été faites par l'incapable et maintenir celles qui ont été faites à son profit! Le contrat de mariage n'est-il pas un ensemble, dont toutes les parties sont solidaires, et par suite n'est-il pas plus juste et plus rationnel, au moins quand c'est une clef de voûte qui tombe, de ruiner l'édifice tout entier?

Après ce qui vient d'être dit relativement aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, il y a peu de chose à ajouter relativement aux interdits. Il est bien évident tout d'abord que la question de savoir s'ils peuvent régler leurs conventions matrimoniales est subordonnée à celle de savoir s'ils peuvent contracter mariage. En admettant sur ce dernier point l'affirmative, qui nous paraît fort contestable (cpr. t. I, n. 1180 *bis*), il faudrait, par analogie de ce qui vient d'être dit, décider que l'interdit qui contracte mariage demeure soumis au droit commun pour le règlement de ses conventions matrimoniales. Son contrat de mariage pourrait donc être

fait par son tuteur, qui le représente dans tous les actes civils (art. 450); avec cette restriction toutefois que le contrat ne pourra pas contenir de donations faites au nom de l'interdit à son conjoint, car les donations excèdent le mandat du tuteur.

§ VI. *De l'effet des conventions matrimoniales à l'égard des tiers et de la publicité du contrat de mariage.*

31. Quand un contrat de mariage a été fait conformément aux prescriptions de la loi, les conventions matrimoniales qu'il contient peuvent être opposées par les époux aux tiers (arg. *a contrario* de l'art. 1397). Ainsi une femme mariée sous le régime dotal vend avec l'autorisation de son mari un immeuble dotal; elle pourra plus tard faire annuler la vente, en opposant à l'acheteur la disposition de son contrat d'où résulte la dotalité de l'immeuble et par suite son inaliénabilité. — Réciproquement, les conventions matrimoniales peuvent être invoquées à l'égard des époux par les tiers qui traitent avec eux. Ainsi le mari vend un immeuble mis par sa femme en communauté (art. 1505). Si la femme critique la vente, l'acquéreur pourra la faire maintenir en invoquant les conventions matrimoniales d'où résulte pour le mari le pouvoir d'aliéner (art. 1421). C'est une double dérogation aux règles du droit commun, d'après lequel les conventions ne nuisent ni ne profitent aux tiers (art. 1121).

32. Les conventions matrimoniales produisant leur effet à l'égard des tiers, ceux-ci peuvent avoir intérêt à les connaître lorsqu'ils ont à traiter avec les époux ou l'un d'eux; comment y parviendront-ils? Le moyen le plus simple consiste à demander aux époux la communication de leur contrat de mariage; s'ils consentent à le produire, on sera renseigné. Mais les époux peuvent avoir intérêt à dissimuler leur contrat. Ainsi deux époux mariés sous le régime dotal ont besoin d'emprunter de l'argent; le capitaliste auquel ils s'adressent donnerait volontiers ses fonds, mais il veut des garanties; les époux lui offrent une hypothèque sur des immeubles de la femme. S'il connaissait les conventions matrimoniales des époux, il refuserait évidemment son argent, car il saurait ce que vaut la garantie qu'on lui offre, les immeubles dotaux ne pouvant pas être hypothéqués pendant le mariage (art. 1554). Aussi les époux se gardent-ils bien de lui dire la vérité. Bien plus, lorsque le futur prêteur leur demande la communication de leur contrat de mariage, ils répondent qu'ils se sont mariés sans contrat, et que par suite ils sont soumis au régime de la communauté légale, régime sous lequel la femme a pleine capacité pour s'obliger et engager ses biens avec l'autorisation de son mari. Comment le prêteur vérifiera-t-il l'exactitude de cette affirmation ? Le code civil n'en offrait aucun moyen légal; aussi des fraudes nombreuses furent-elles commises. Des dispositions législatives postérieures au code civil ont été portées dans le but de les prévenir.

Il faut d'abord mentionner, dans l'ordre chronologique, les art. 67, 68, 69 et 70 du code de commerce. Mais ces textes, écrits spécialement en vue du cas où l'un des époux au moins est commerçant, laissaient sans défense les tiers qui traitaient avec des époux non commerçants.

Une loi qui s'est fait beaucoup attendre, celle du 10 juillet 1850, applicable à tous les époux, commerçants ou non, est venue combler en partie cette lacune; elle a ajouté un alinéa à chacun des art. 75, 76, 1391 et 1394 du code civil. Voici ce qui résulte de ces textes dont nous nous bornons à analyser les dispositions. Le notaire qui reçoit un contrat de mariage doit donner lecture aux parties du dernier alinéa de l'art. 1391 et du dernier alinéa de l'art. 1394 (art. 1394 al. 2). Puis, au moment de la signature du contrat, il doit délivrer aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, indiquant ses noms et lieu de résidence, les noms des époux et la date du contrat (art. 1394 al. final). A l'instant de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil interpelle les époux et les personnes qui autorisent le mariage

d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat (art. 75 al. 2). C'est le moment de remettre à l'officier de l'état civil le certificat délivré par le notaire, et alors l'officier de l'état civil, reproduisant le contenu de ce certificat, mentionnera dans l'acte de mariage la date du contrat et les noms et lieu de résidence du notaire qui l'a reçu (art. 76-10°).

Voici maintenant le résultat pratique de toutes ces formalités. Les actes de l'état civil étant publics, les tiers, auxquels des époux déclarent qu'ils sont mariés sans contrat, peuvent aisément contrôler l'exactitude de cette assertion en consultant l'acte de mariage des époux. S'ils y trouvent la preuve que l'assertion des époux est mensongère, ils se garderont bien de traiter jusqu'à ce qu'on leur ait donné connaissance du contrat.

Mais il fallait prévoir une fraude facile à commettre. Sur l'interpellation qui leur est adressée par l'officier de l'état civil, les époux, qui, on le suppose, ont fait un contrat, déclarent n'en avoir pas fait, et l'officier de l'état civil mentionne leur réponse. Les tiers auront beau, en pareil cas, consulter l'acte de mariage, ils n'y découvriront pas la trace de l'existence du contrat de mariage. Seront-ils victimes de l'erreur dans laquelle les induit la fraude des époux ? La loi décide que la femme sera dans ce cas « réputée à l'égard des tiers, capable de contracter dans » les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son enga- » gement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage » (art. 1391 al. 4).

La disposition qui vient d'être transcrite pourrait paraître, à première vue, signifier que la femme, dans le cas qui nous occupe, sera réputée mariée sous le régime de la communauté légale, que par suite elle ne pourra aucunement opposer aux tiers ses conventions matrimoniales quelles qu'elles soient. Législativement, ce serait peut-être la meilleure solution. Il en résulterait notamment que les tiers qui ont traité avec le mari pourraient poursuivre, pour obtenir leur paiement, le mobilier de la femme exclu de la communauté. Mais en présence des explications très nettes qui ont été données par le professeur Valette, rapporteur de la loi, il faut reconnaître que notre disposition a une portée beaucoup moins étendue. Elle vise seulement la femme mariée sous le régime dotal, et signifie que, si les époux ont dissimulé à l'officier de l'état civil l'existence de leur contrat, la femme ne pourra pas se prévaloir à l'égard des tiers de l'inaliénabilité de ses biens dotaux et de l'incapacité de les obliger qui en résulte. Pour le surplus, les conventions matrimoniales de la femme seront opposables aux tiers : c'est uniquement au point de vue de sa *capacité de contracter* qu'elle est réputée, et seulement à l'égard des tiers, mariée sous le régime de la communauté légale. On peut regretter que les auteurs de la loi lui aient donné une portée aussi modeste; ils ont statué uniquement en vue d'un genre particulier de fraude, dont la pratique offrait de nombreux exemples, sans se préoccuper des autres.

Maintenant, si l'officier de l'état civil a omis d'adresser aux époux l'interpellation prescrite par l'art. 75 al. 2, ou si, ayant fait cette interpellation, il a négligé d'en indiquer le résultat dans l'acte de mariage, les époux ne pourront pas souffrir de ces omissions, et leurs conventions matrimoniales seront opposables aux tiers (même rapport). Il n'y a en pareil cas d'autre sanction pénale que l'amende prononcée contre l'officier de l'état civil (art. 76), sans préjudice des dommages et intérêts.

32 *bis*. A dater de quelle époque le contrat de mariage produit-il ses effets, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers? La jurisprudence fait remonter ces effets au jour du contrat de mariage; par conséquent à une époque antérieure à la célébration du mariage. Le contrat de mariage, dit-elle en substance, est un contrat conditionnel, il est fait sous la condition *si nuptiæ sequantur;* cette condition une fois réalisée

rétroagit au jour du contrat, aux termes de l'art. 1179. La cour de cassation, cassant un arrêt de la cour de Toulouse, a fait une application de cette théorie, en jugeant que l'aliénation d'un immeuble dotal, faite dans l'intervalle écoulé entre le contrat de mariage et la célébration, était nulle par application de l'art. 1554 (Cass., 18 décembre 1878, Sir., 81. 1. 353). Notons en passant qu'il est difficile de concilier cette décision avec la jurisprudence qui refuse de faire rétroagir l'hypothèque légale de la femme au jour du contrat de mariage pour la reprise de la dot et des conventions matrimoniales (Cass., 22 janvier 1878, Sir., 78. 1. 306). A son tour, la cour de Toulouse, revenant sur sa propre jurisprudence, a validé l'hypothèque consentie par le mari dans l'intervalle écoulé entre les deux contrats sur un immeuble mis par la femme dans la communauté (arrêt du 8 mai 1883, rapporté par M. Vidal dans son intéressante *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques,* p. 132-134).

La doctrine tout entière proteste contre ces décisions en attaquant le principe même d'où elles découlent. Le bon sens dit que l'effet du contrat de mariage ne peut pas précéder le mariage. Comment peut-il y avoir des conventions matrimoniales quand il n'y a encore ni mari ni femme? Et le bon sens n'est pas désavoué par la loi. Le contrat de mariage n'est pas un contrat véritablement conditionnel, au sens juridique de ce mot, et il ne peut être question par suite d'appliquer le principe de la rétroactivité de la condition accomplie. Comme le disent fort justement MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 60), « Il est des conventions ou dispositions qui d'après leur nature ou leur objet supposent nécessairement l'existence ou la réalisation ultérieure de certains faits. Ces faits ne constituent pas de véritables conditions, alors même qu'ils ont été expressément indiqués comme telles ». Nous concluons que le contrat de mariage ne peut produire ses effets qu'à dater de la célébration du mariage.

CHAPITRE II

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ

33. La rubrique de ce chapitre ne donne qu'une idée fort incomplète des matières qu'il traite. Le législateur ne s'y occupe pas seulement du régime en communauté, mais en outre de deux autres régimes qui n'ont aucune affinité avec la communauté, puisqu'ils en excluent le premier principe, savoir : le régime sans communauté et le régime de séparation de biens. Quant au régime dotal, il fait l'objet d'un chapitre spécial, le troisième et dernier.

Cette classification anti-méthodique ne peut s'expliquer qu'historiquement. On a réuni dans un même chapitre les régimes usités dans les pays de coutume (régime en communauté, régime de non-communauté, régime de séparation de biens), et on a relégué dans un autre chapitre le régime dotal à peu près exclusivement pratiqué dans les pays de droit écrit. De sorte que la classification adoptée par le code civil répond à celle-ci : Chapitre II, Régimes usités dans les pays de coutume; Chapitre III, Régime pratiqué dans les pays de droit écrit.

34. « La communauté, dit Pothier, est une espèce de société de » biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient ». Cette société est universelle; elle comprend en effet tous les biens des époux soit en propriété, soit en jouissance. Elle est régie par des règles toutes particulières, qui en font une société différant à beaucoup d'égard des sociétés ordinaires.

La différence fondamentale consiste en ce que, dans les sociétés ordinaires, chaque associé a, en principe, un droit égal (art. 1859); tandis que, dans la société de biens qui constitue la communauté, le droit de la femme sur les biens communs semble s'effacer devant celui du mari, dans les mains duquel la loi concentre presque tous les pouvoirs (v. art. 1421). Comme contre-poids de cette quasi-omnipotence, la loi accorde à la femme des garanties particulières : elle lui permet de demander la séparation de biens si le mari compromet ses intérêts (art. 1443), de renoncer à la communauté lors de sa dissolution, si elle est mauvaise (art. 1494), et, au cas d'acceptation, de jouir du bénéfice d'émolument si elle a fait inventaire (art. 1483).

On peut signaler un grand nombre d'autres différences d'un ordre secondaire :

1° Rien n'empêche les associés, dans une société ordinaire, de modifier les conventions primitivement arrêtées entre eux. Au contraire, les époux ne peuvent en aucune façon modifier les bases de leur communauté, à partir du jour où elle a commencé, c'est-à-dire du jour de la célébration du mariage (art. 1395).

2° Dans une société ordinaire, les parties peuvent fixer comme elles l'entendent l'époque à laquelle la société doit commencer et celle à laquelle elle doit prendre fin (art. 1843, 1865). Au contraire, c'est la loi qui fixe le point de départ et le terme de la communauté, sans que les parties puissent déroger sur ce point à ses dispositions (art. 1399 et 1441).

Voyez encore d'autres différences résultant des art. 1868 al. 1 et 1442, — de l'art. 1837 al. 2 combiné avec l'art. 1526, — et des art. 1855 al. 1 et 1525.

35. La communauté constitue-t-elle une personne morale, une personne civile, distincte de la personne des deux époux, ayant un patrimoine propre et par suite des droits et des obligations distincts de ceux des deux époux? La négative, admise déjà dans notre ancien droit, est professée aujourd'hui encore, avec raison, par la majorité des auteurs; la jurisprudence est conforme (Cass., 16 janvier 1877, Sir., 77, 1, 169). On sait que la personnalité civile ne peut résulter que d'une loi ou d'un décret (t. I, n. 106). Or il n'y a pas de texte qui consacre expressément la personnalité civile de la communauté, et il n'en existe pas non plus qui suppose nécessairement cette personnalité civile. Ceux que l'on cite à l'appui de l'opinion contraire, par exemple les textes qui parlent des récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux ou réciproquement, peuvent tout aussi bien recevoir une autre explication : il suffit de les considérer comme désignant sous le nom de *communauté* les époux eux-mêmes en tant que communs en biens. D'ailleurs, il y a plusieurs textes qui résistent à l'idée de la personnalité civile de la communauté, notamment les art. 1403 et 1423, et surtout les art. 1474 et 1476, 1482 à 1484, desquels il semble bien résulter que les créanciers de la communauté n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens de la communauté par préférence aux créanciers personnels des époux, ce qui est la négation de la personnalité civile de la société conjugale.

La question n'a pas une grande importance pratique; son principal intérêt apparaît au point de vue de la rétroactivité du partage. Si la communauté est une personne morale distincte des époux, elle demeure propriétaire des biens communs jusqu'à sa dissolution; c'est seulement à cette époque que ces biens deviennent indivis entre les époux, et par suite le partage ne rétroagira pas au delà, parce qu'il ne peut rétroagir qu'au jour où l'indivision a commencé. Si, au contraire, la communauté ne jouit pas, comme nous le croyons, de la personnalité civile, les biens communs deviennent indivis entre les époux au moment même où ils tombent dans

la communauté, et c'est à cette époque que devra rétroagir le partage : ce qui engendre une conséquence importante que nous signalons sous l'art. 2123 (*infra* n. 1276). D'ailleurs, quelle que soit l'époque à laquelle on fasse rétroagir le partage, il faut reconnaître que les droits réels créés par le mari sur les biens de la communauté pendant sa durée, doivent toujours être maintenus quoi qu'il arrive. Au cas où la femme renonce à la communauté, c'est évident. Et ce n'est pas moins certain si elle l'accepte, car par son acceptation elle ratifie tous les actes accomplis par son mari, qui est censé avoir agi tant en son nom personnel à lui mari que comme mandataire de son épouse.

35 *bis*. Nous venons de dire que, dans les textes invoqués à l'appui de la personnalité civile de la communauté, le mot *communauté* est pris comme désignant simplement les époux eux-mêmes considérés comme associés, par opposition aux époux envisagés individuellement. Les textes et la doctrine emploient aussi le mot *communauté* dans deux autres sens. Tantôt il désigne *le fonds commun aux deux époux,* par exemple dans les textes qui parlent de l'actif et du passif de la communauté. Tantôt il signifie : *le fait même de l'association existant entre les époux,* comme dans l'art. 1399 où il est dit que la communauté commence le jour du mariage.

36. On distingue deux espèces de communauté, la communauté légale et la communauté conventionnelle.

La communauté légale est celle qui est établie par la loi. Comme on le verra bientôt, la loi ne l'impose à personne ; elle l'organise seulement en vue de ceux qui manifestent expressément ou tacitement l volonté de s'y soumettre.

La communauté conventionnelle est la communauté légale modifiée plus ou moins profondément par la convention des parties.

37. Légale ou conventionnelle, la communauté a toujours pour point de départ le moment même de la célébration du mariage : « *La » communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du » mariage contracté devant l'officier de l'état civil : on ne peut stipu- » ler qu'elle commencera à une autre époque* », dit l'art. 1399.

Sur le fondement de cette fausse idée que le mariage ne reçoit sa perfection que par la consommation, on admettait dans notre très ancien droit que la communauté ne commençait qu'au coucher des époux. Il y avait même des coutumes qui en plaçaient le point de départ au lendemain du mariage, et d'autres qui le reculaient, on se demande pourquoi, jusqu'à l'an et jour à dater de la célébration. C'est seulement vers le milieu du seizième siècle que se dégagea le vrai principe, d'après lequel le mariage est parfait à partir de sa célébration, indépendamment de toute idée de consommation. La conséquence, en ce qui concerne le point de départ de la communauté, était facile à déduire ; on la trouve formulée dans l'art. 220 de la coutume de Paris réformée en 1580 : «.... et commence la communauté du jour des épou- » sailles et bénédiction nuptiale ». L'art. 1399 reproduit le même principe, mais avec une variante que la sécularisation du mariage avait rendue nécessaire.

La disposition de l'art. 1399 est prohibitive. Les époux ne peuvent donc pas y déroger, en stipulant que la communauté commencera soit avant, soit après la célébration du mariage. Ils ne pourraient pas non plus, en laissant à leur communauté le point de départ qui lui est

assigné par la loi, en limiter la durée à un certain délai, en disant par exemple que la communauté durera pendant dix ans à dater de la célébration du mariage, pour faire place à partir de cette époque à un autre régime. La loi fixe la fin de la communauté (art. 1441), de même qu'elle en fixe le commencement; et, sur l'un comme sur l'autre point, sa disposition a un caractère prohibitif, parce qu'elle est fondée sur des considérations d'ordre public.

On discute beaucoup à l'Ecole une question qui n'a pas la même importance au point de vue pratique qu'au point de vue théorique, celle de savoir si les époux peuvent stipuler la communauté sous condition, sous une condition casuelle, bien entendu, ou tout au moins mixte ; car on est d'accord pour admettre qu'ils ne pourraient pas la stipuler sous une condition potestative ; autrement le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales serait sacrifié. Tout ce qui n'est pas défendu en matière de conventions matrimoniales étant permis, on en conclut généralement que la stipulation d'une communauté sous condition est licite; car la loi qui prohibe le terme, ne prohibe pas la condition. On ajoute que la condition ne présente pas ici les inconvénients du terme; car, en vertu de l'effet rétroactif attaché à son accomplissement (art. 1179), il arrivera, ou bien que les époux seront considérés comme ayant toujours été mariés sous le régime de la communauté, si la condition s'acccomplit, ou bien qu'ils seront considérés comme ayant toujours été mariés sous un autre régime (celui que le contrat désigne pour ce cas), si la condition ne s'accomplit pas; de sorte qu'il y aura dans tous les cas unité de régime matrimonial pour les époux, à la différence de ce qui aurait lieu si la communauté était stipulée à terme. Qu'importe, après cela, que la stipulation conditionnelle de la communauté puisse donner lieu dans la pratique à des difficultés de fait, et que dans certaines circonstances elle rende difficile le règlement des relations des époux avec les tiers? La jurisprudence est dans notre sens.

38. L'art. 1399, qui fait commencer la communauté à l'époque de la célébration du mariage, donne un démenti éclatant à la singulière opinion d'un auteur, qui, s'étayant de l'autorité de Dumoulin et de Pothier, place le commencement de la communauté précisément à l'époque où la loi la fait finir, c'est-à-dire à l'époque de sa dissolution. Il est vrai que les pouvoirs accordés au mari sur les biens de la communauté sont tellement étendus que nos anciens le qualifiaient de « seigneur et maître de la communauté », et que Dumoulin a pu dire de la femme que, pendant la durée de l'association conjugale, *non est proprie socia, sed speratur fore.* Mais Dumoulin n'entendait pas par là que la communauté ne commençait qu'à la dissolution du mariage; il voulait seulement dire, ainsi qu'il l'explique d'ailleurs lui-même, que, pendant la durée de l'association conjugale, le droit de la femme sommeille devant celui du mari. Le droit de la femme, dit-il, est *in habitu* plutôt que *in actu.* D'ailleurs, la preuve, que la loi reconnaît à la femme un droit sur les biens de la communauté pendant l'association conjugale, se trouve dans l'art. 1422 qui défend au mari de les aliéner à titre gratuit, et dans l'art. 1492 aux termes duquel la femme qui renonce à la communauté *perd* toute espèce de droits sur les biens de la communauté : ce qui suppose qu'elle avait des droits sur ces biens avant sa renonciation, car on ne peut perdre que ce que l'on a.

PREMIÈRE PARTIE

De la communauté légale.

39. « *La communauté qui s'établit par la simple déclaration qu'on se » marie sous le régime de la communauté, ou à défaut de contrat, est » soumise aux règles expliquées dans les six sections qui suivent* ». Ainsi s'exprime l'art. 1400.

La communauté légale existe dans quatre cas, dont deux seulement sont indiqués par notre article :

1° Quand les époux se sont mariés sans contrat.

2° Quand les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage le régime de la communauté légale.

La pratique offre peu d'exemples de cette stipulation. On se demande même comment il peut arriver que deux époux, qui veulent adopter le régime de la communauté légale, songent à faire les frais d'un contrat de mariage, puisqu'ils atteindraient exactement le même résultat, au point de vue du régime, en se mariant sans contrat. — En raisonnant ainsi, l'on oublie que le contrat de mariage, inutile en tant qu'il ne s'agirait que de stipuler la communauté légale, peut être nécessaire pour donner asile à certaines donations qui ne seraient pas faites valablement dans un autre acte, par exemple à une institution contractuelle (art. 1082). Le contrat sera fait alors en vue de la donation, et non en vue du régime.

3° Lorsque les époux ont fait un contrat nul, par exemple un contrat dans la forme sous seing privé.

4° Lorsqu'ils ont fait un contrat inintelligible.

40. La communauté légale, bien qu'elle ait lieu de plein droit dans les quatre cas qui viennent d'être indiqués, ne doit pas être considérée comme établie, immédiatement au moins, par la loi, mais comme résultant de la volonté des parties. Cette volonté est certaine quand les parties l'ont exprimée dans leur contrat, et la loi la présume, sur le fondement d'une convention tacite, quand elles se sont mariées sans contrat ; elle la présume aussi, bien qu'ici la présomption soit moins facile à justifier, lorsque les époux ont fait un contrat de mariage nul ou inintelligible : à défaut du régime qu'ils ont stipulé dans leur contrat, et qu'il est impossible de leur appliquer, la loi suppose que leur volonté a été de se soumettre au régime de la communauté légale.

41. On lit dans le rapport du Tribunat : « La communauté légale a, » comme toute société, sa formation, ses progrès, sa dissolution ». Tel est en effet le plan adopté par notre législateur ; il va successivement régler : 1° la composition de la communauté tant en actif qu'en passif (section I) ; 2° son administration (section II) ; 3° sa dissolution et les conséquences qui en résultent (sections III, IV, V et VI).

SECTION PREMIÈRE

DE CE QUI COMPOSE LA COMMUNAUTÉ [ET LE PATRIMOINE PROPRE DES ÉPOUX] ACTIVEMENT ET PASSIVEMENT

42. Il y a, sous le régime de la communauté, trois patrimoines à considérer : 1° le patrimoine propre du mari ; 2° le patrimoine propre de la femme ; 3° le patrimoine de la communauté. Le législateur s'occupe, dans notre section, de la composition de chacun de ces trois patrimoines, tant en actif qu'en passif, et la rubrique de la section se trouve par suite trop restrictive, puisqu'elle ne fait allusion qu'au patrimoine de la communauté. Les biens qui composent le patrimoine de la communauté s'appellent *biens communs ;* on les appelle aussi quelquefois *acquêts* ou *conquêts*. L'expression *biens communs* est plus compréhensive, car elle embrasse tous les biens communs indistinctement, tandis que celle d'*acquêts* ou *conquêts* ne s'applique qu'aux biens acquis pendant la durée de l'association conjugale, non à ceux apportés par les époux lors du mariage. Quant aux biens qui font partie du patrimoine propre de chaque époux, on les appelle indifféremment *propres de communauté, propres* ou *biens propres*.

§ I. *De l'actif de la communauté [et du patrimoine propre des époux].*

43. La loi s'occupe dans ce paragraphe de la composition, au point de vue actif, de chacun des trois patrimoines dont il vient d'être parlé. Nous traiterons successivement de l'actif de la communauté et de l'actif du patrimoine propre à chaque époux.

N° 1. De l'actif de la communauté.

44. La composition de l'actif de la communauté est réglée par l'art. 1401, ainsi conçu : « *La communauté se compose activement, 1° De tout » le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du » mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le » mariage à titre de succession ou même de donation, si le donateur n'a » exprimé le contraire ; — 2° De tous les fruits, revenus, intérêts et arré- » rages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant » le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors » de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage » à quelque titre que ce soit ; — 3° De tous les immeubles qui sont acquis » pendant le mariage* ».

L'actif de la communauté comprend donc : 1° le mobilier des époux ; 2° les fruits des biens qui leur restent propres ; 3° les biens acquis pendant le mariage.

1° *Mobilier des époux.*

45. Tout le mobilier des époux tombe, en principe, dans la communauté. Cette règle s'applique au mobilier *futur* comme au mobilier *présent*. V. cependant *infra* n. 79-2°.

On désigne sous le nom de mobilier *présent* celui qui appartient aux époux *présentement*, c'est-à-dire lors de la célébration du mariage.

Le mobilier *futur* est celui qui advient aux époux pendant le cours du mariage. Ce n'est pas seulement, comme paraît le dire l'art. 1401, le mobilier qui échoit aux époux *à titre de succession ou de donation* (soit entre-vifs soit testamentaire) qui tombe dans la communauté, mais aussi celui qui leur échoit à un autre titre quel qu'il soit, lucratif ou onéreux. La loi n'a parlé que de la succession et de la donation, parce que ces deux causes d'acquisition, étant les plus personnelles de toutes, étaient par cela même celles au sujet desquelles l'application de la règle devait soulever le plus de doutes : on aurait pu croire, si la loi ne s'en était pas expliquée, qu'elles devaient engendrer des propres. Il faut donc entendre la formule légale comme signifiant que le mobilier futur des époux tombe dans la communauté, *même* quand il leur advient à titre de succession ou de donation. Ainsi il est certain notamment que le mobilier acquis par les époux à titre onéreux, les gains qu'ils auraient faits à la loterie ou ceux résultant de paris tomberaient dans la communauté.

D'ailleurs le mot *mobilier*, dans l'art. 1401, a le sens le plus large (arg. art. 535) : il comprend tout ce qui n'est pas immeuble, par conséquent non seulement les meubles corporels ou meubles par leur nature, mais aussi les meubles incorporels ou droits mobiliers, peu importe d'ailleurs qu'ils soient personnels ou réels.

Ainsi tombent dans la communauté :

1° Les créances de sommes exigibles ou d'effets mobiliers, appartenant aux époux lors de la célébration du mariage ou qui leur adviennent pendant son cours.

Si la créance est à la fois mobilière et immobilière, ce qui arrive si elle a pour objet des meubles et des immeubles tout à la fois, elle tombe dans la communauté pour la partie mobilière seulement.

Sur le point de savoir si une créance alternative ou facultative de deux choses dont l'une est mobilière et l'autre immobilière tomberait dans la communauté, v. t. II, n. 963-1°.

2° Les actions ou intérêts de l'un des époux dans une société de finances, de commerce ou d'industrie, alors même que le fonds social comprendrait des immeubles. Cpr. t. I, n. n. 1240 et s.

3° Les rentes perpétuelles ou viagères appartenant aux époux lors de la célébration du mariage ou qui leur adviennent pendant son cours.

* La règle ne souffrirait même pas exception pour les rentes viagères établies durant le mariage sur la tête des deux époux avec clause de réversibilité au profit de l'époux survivant. Inutilement invoque-t-on, pour soutenir que la rente doit être propre au survivant, la volonté manifeste des parties contractantes. Ce n'est pas la

volonté des parties qui fait les propres, mais la loi ; or d'après la loi matrimoniale que les époux ont adoptée, loi qu'ils ne peuvent plus changer (art. 1395), la rente doit tomber dans la communauté comme valeur mobilière ; elle devra donc être comprise dans la masse partageable à la dissolution de la communauté. En vain aussi dit-on que le contrat doit être interprété comme contenant de la part de chaque époux donation de sa part de communauté dans la rente au profit de son conjoint, pour le cas de survie de celui-ci. D'abord, il est très douteux que l'idée de donation se soit présentée à la pensée des époux. C'est bien plutôt un contrat aléatoire, donc à titre onéreux, qu'ils ont entendu faire. En tout cas, la donation serait nulle comme étant réciproque et faite dans un seul et même acte (art. 1097). *Non obstat* art. 1973 al. 2, qui paraît n'être qu'une application pure et simple de l'art. 1121. La jurisprudence admet sur cette question une solution intermédiaire qui paraît difficilement acceptable, et qui d'ailleurs au point de vue du résultat diffère peu de celle que nous adoptons ; elle déclare la rente propre à l'époux, sauf récompense à la communauté. De sorte qu'on donne à l'époux survivant, mais en la lui faisant payer, la portion de la rente que nous lui refusons. Paris, 6 janvier 1880, Sir., 80. 2. 315, et Lyon, 6 janvier 1881, Dalloz, 1883. 2. 169.

* Ce que nous venons de dire des rentes viagères, nous le dirions également du droit résultant d'un contrat d'assurance sur la vie. Ce droit tomberait donc dans la communauté, même quand il a été stipulé au profit du survivant des époux.

4° La valeur vénale d'un office dont le mari était titulaire lors de la célébration du mariage, ou qui lui advient pendant son cours. Mais le titre même de l'office doit être considéré comme propre au mari. Aussi aurait-il le droit, à la dissolution de la communauté, de conserver l'office dont il se trouverait alors investi, sauf à tenir compte de sa valeur à la communauté (Cass., 6 janvier 1880, Sir., 81. 1. 49).

5° Le fonds de commerce appartenant à l'un des époux.

6° La propriété des compositions scientifiques, littéraires ou artistiques émanées de l'un des époux (Cass., 16 août 1880, Sir., 81. 1. 25).

7° Le trésor ou la portion de trésor acquise par l'un des époux soit *jure inventionis,* soit même *jure soli.* Cpr. t. II, n. 15.

8° Les droits d'usufruit mobilier constitués au profit de l'un des époux avant le mariage ou pendant.

46. La règle, qui fait tomber tout le mobilier des époux dans la communauté, peut amener une grande inégalité entre deux époux qui apportent en se mariant une fortune égale, mais composée de biens d'une nature différente. Ainsi un homme, qui a 100,000 fr. d'argent comptant, épouse une femme qui possède 100,000 fr. d'immeubles. Si les époux adoptent le régime de la communauté légale, tout l'avoir du mari tombera dans la communauté, tandis que la femme n'y mettra aucune partie du sien, car les immeubles des époux leur restent propres, comme on le verra : de sorte qu'à la dissolution de la communauté, la femme reprendra tous ses biens, et profitera, en partageant la communauté, de la moitié de ceux du mari. Il y a mille combinaisons, au moyen desquelles on peut empêcher ce résultat de se produire ; mais il faut un contrat. Les époux en font presque toujours un, quand ils ont une fortune d'une certaine importance ; de sorte qu'en fait la communauté légale ne régit guère que l'association conjugale de ceux qui se sont mariés sans fortune ou avec une fortune minime, auquel cas la règle, qui fait tomber dans la communauté tout le mobilier des époux, ne présente pas d'inconvénients. Et c'est précisément la réponse que l'on peut faire à ceux qui soutiennent que cette règle, s'étant introduite dans notre droit à une époque où la fortune mobilière était sans importance, ainsi que l'atteste l'adage *Res mobilis res vilis,* devrait disparaître dans notre état social actuel, où la fortune mobilière a acquis un développement considérable qui en a fait la rivale, sinon l'égale de la fortune immobilière. A quoi

l'on peut ajouter que, si la loi excluait de l'actif de la communauté légale le mobilier des époux, comme elle en exclut les immeubles, cette règle ne pourrait recevoir son application qu'autant que le mobilier de chaque époux serait constaté par un titre régulier, tel qu'un inventaire; or, dans la classe pauvre, en vue de laquelle doit surtout être organisé le régime de droit commun, puisque les riches peuvent faire les frais d'un contrat, cet inventaire n'aurait presque jamais été dressé, et en fait tout le mobilier des époux serait tombé dans la communauté.

2° *Fruits des propres des époux.*

47. L'art. 1401 al. 2 attribue à la communauté, pendant sa durée, tous les fruits des biens propres des époux.

Cette disposition semble, au premier abord, constituer une superfétation, en présence de celle de l'alinéa précédent, qui fait tomber dans la communauté tout le *mobilier futur des époux :* ce qui semble bien comprendre tous les fruits produits par leurs propres durant le mariage. Son utilité apparaîtra, si l'on se souvient qu'en principe ce qui provient des propres ne tombe pas dans la communauté (*infra* n. 79); on aurait pu croire que cette règle s'appliquait même aux fruits des propres, et c'est ce doute que l'art. 1401 al. 2 a voulu lever.

La communauté, on le voit, est usufruitière des biens propres aux époux. L'étendue de ses droits doit donc être déterminée, en principe, et sauf certaines restrictions que nous signalerons bientôt, d'après les règles qui gouvernent l'usufruit ordinaire. On se trouve ainsi conduit aux déductions suivantes :

1° La communauté devient propriétaire des propres dont on ne peut faire usage sans les consommer (arg. art. 587);

2° Ce ne sont pas seulement les fruits des propres qui appartiennent à la communauté; elle a droit également à leur usage;

3° La communauté acquiert les fruits des propres par la perception, s'il s'agit de fruits naturels ou industriels; quant aux fruits civils, elle est réputée les acquérir jour par jour (arg. art. 585 et 586). L'art. 1401-2° fait allusion à cette double règle, quand il parle de fruits *échus* ou *perçus* pendant le mariage. Le mot *perçus* se réfère aux fruits naturels et industriels, et le mot *échus* aux fruits civils, qui, au point de vue de leur acquisition par l'usufruitier, sont réputés échoir chaque jour;

4° La communauté n'a aucun droit aux produits des propres qui n'ont pas le caractère de fruits. C'est ce qui résulte de l'art. 1403 al. 1, ainsi conçu : « *Les coupes de bois et les produits des carrières et* » *des mines tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré* » *comme usufruit, d'après les règles expliquées au titre* de l'Usufruit, » de l'Usage et de l'Habitation ». C'est dire très clairement que les coupes des bois et les produits des carrières et des mines ne tombent pas dans la communauté, ou tout au moins qu'ils n'y tombent que sauf récompense ou indemnité au profit de l'époux propriétaire du fonds, pour tout ce qui n'en est pas considéré comme usufruit. Cpr. art. 591, 592 et 598. Ainsi les produits des coupes de hautes futaies non amé-

nagées, faites pendant la durée de la communauté, ou de l'exploitation d'une carrière ouverte pendant le mariage, ne tomberont dans la communauté que sauf récompense ou indemnité au profit de l'époux propriétaire du fonds, c'est-à-dire que la communauté n'encaissera la valeur de ces produits que sauf restitution à l'époux propriétaire du fonds, à l'époque où la communauté sera liquidée. C'est ce que dit l'art. 1403 al. 3, ainsi conçu : « *Si les carrières et mines ont été ouver-* » *tes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la communauté* » *que sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra* » *être due* ».

En ce qui concerne les mines, mais non les carrières, la disposition de l'art. 1403 al. 1 et 3 a reçu de la loi du 21 avril 1810 d'importantes modifications. On sait que, d'après la loi précitée, une mine ne peut plus désormais être exploitée qu'en vertu d'une concession du gouvernement (art. 5), que cette concession peut être obtenue soit par le propriétaire, soit par tout autre (art. 16), et enfin que la mine, une fois concédée, forme une propriété immobilière distincte du sol qui la recèle (art. 19). C'est l'introduction de ce dernier principe qui a opéré implicitement les modifications dont nous venons de parler, ainsi qu'on va le voir en parcourant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Première hypothèse. La mine a été concédée avant la célébration du mariage. Pas de difficulté si elle a été concédée à un tiers : en ce cas la communauté n'aura aucun droit aux extractions de matières minérales ; elle bénéficiera seulement, pendant sa durée, des annuités de la redevance allouée par l'acte de concession à l'époux propriétaire du fonds. Cette redevance appartient en propre à l'époux, mais la communauté n'en a pas moins droit aux arrérages échus pendant sa durée, car ils ont le caractère de fruits. — Si au contraire la mine a été concédée à l'époux propriétaire, elle forme pour lui un propre (arg. art. 1404 al. 1), et par suite les extractions de matières minérales profiteront à la communauté pendant sa durée, car ce sont les fruits d'un immeuble propre. Il en serait ainsi alors même que la mine n'aurait été *ouverte* que pendant le mariage ; l'art. 1403 se trouve modifié sur ce point par l'application du nouveau principe.

Deuxième hypothèse. La mine a été concédée pendant le mariage. Ici encore nous n'éprouvons aucun embarras, si la concession a été faite à un étranger : la communauté n'aura aucun droit aux produits que donne l'exploitation de la mine ; elle pourra seulement toucher, pendant toute sa durée, l'annuité de la redevance attribuée à l'époux. — Au cas où la mine aurait été concédée à l'époux propriétaire, elle constitue pour lui un propre. En effet, il l'a acquise au prix d'une concession du gouvernement, donc à titre gratuit ; or les immeubles acquis à titre gratuit pendant le mariage par l'un des époux lui appartiennent en propre (art. 1405). Il en résulte que la communauté aura droit, pendant toute sa durée, aux produits de la mine, car ce sont les fruits d'un propre. Sur ce point donc encore l'art. 1403 se trouve modifié, car il décide que la communauté n'a pas droit aux produits des mines ouvertes pendant le mariage. Le code civil considérait la mine comme faisant partie du terrain qui la recèle, à titre d'accessoire, et les matières qu'on en extrayait comme n'étant pas des fruits, au moins quand la mine n'avait pas été ouverte avant la naissance de l'usufruit ; la loi nouvelle considère la mine comme une propriété distincte du sol, dont les produits sont des fruits.

48. Différences entre l'usufruit de la communauté et l'usufruit ordinaire. — Nous avons annoncé que les règles de l'usufruit

ordinaire sont modifiées sur certains points en ce qui concerne l'usufruit de la communauté. On peut en effet signaler un certain nombre de différences entre ces deux usufruits. Voici les principales :

1° L'usufruitier ordinaire doit, avant d'entrer en jouissance, faire inventaire et donner caution (art. 600 et 601). L'usufruit de la communauté est affranchi de cette double entrave (art. 1550, arg. *a fortiori*).

2° L'usufruitier, qui n'a pas perçu pendant la durée de son usufruit des fruits qu'il avait le droit de percevoir, n'est fondé à réclamer de ce chef aucune indemnité au nu-propriétaire. Au contraire la communauté a droit à récompense à raison des fruits des propres qu'elle aurait dû régulièrement percevoir et qu'elle n'a pas perçus. Ainsi l'usufruitier d'un bois taillis n'a droit à aucune indemnité pour la valeur des coupes qu'il a négligé de faire pendant la durée de son usufruit; tandis que la communauté peut en réclamer une pour les coupes qu'elle n'a pas faites, aux époques fixées, sur les propres des époux (art. 1403 al. 2). Autrement l'époux, sur le fonds duquel la coupe aurait dû être faite, s'enrichirait aux dépens de la communauté d'une somme égale à la valeur de la coupe, ce que ne permet pas l'art. 1437.

C'est à la communauté que la récompense est due, et non à l'époux non propriétaire du fonds comme le dit inexactement l'art. 1403 al. 2, ainsi conçu : « *Si les » coupes de bois qui, en suivant ces règles, pouvaient être faites durant la commu- » nauté, ne l'ont point été, il en sera dû récompense à l'époux non propriétaire du » fonds ou à ses héritiers* ». En effet une récompense ou indemnité est destinée à fournir la réparation d'un préjudice, et, naturellement, elle doit être allouée à celui qui éprouve le préjudice ; or le préjudice est ici subi par la communauté qui aurait dû encaisser la valeur de la coupe; donc c'est à elle que la récompense est due. Ce n'est pas une affaire de mots. Supposons que le mari ait omis de faire sur son propre une coupe qui aurait dû être faite pendant la durée de la communauté et dont la valeur était de 10,000 fr. Si l'on admet qu'il doit de ce chef une récompense de 10,000 fr. à la communauté, la femme n'en pourra réclamer sa part que si elle accepte la communauté, car par sa renonciation elle perd tout droit à la communauté (art. 1492). Si au contraire on décide, conformément à la lettre de l'art. 1403, que la récompense est due à la femme personnellement, elle pourra la réclamer même au cas de renonciation à la communauté (arg. art. 1493). La question présente encore de l'intérêt à beaucoup d'autres points de vue. Cpr. *infra*, n. 153.

3° D'après le droit commun, l'usufruitier ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il a procurées au bien grevé d'usufruit (art. 599). Au contraire, la communauté a droit à une indemnité pour les améliorations qui ont été réalisées à ses dépens sur le propre de l'un des époux. Arg. art. 1437.

* 4° Un usufruitier ordinaire n'a pas droit à récompense pour les frais de labours et de semences, par lui faits, qui se trouvent profiter au nu-propriétaire, l'usufruit ayant pris fin avant que l'usufruitier eût recueilli la récolte (art. 585 al. 2). Au contraire on admet en général, par application du principe écrit en l'art. 1437, que la communauté a droit à une récompense pour les frais de labours et de semences, qu'elle a faits sur le fonds propre à l'un des époux et qui profitent à cet époux, la communauté s'étant dissoute avant que la récolte fût parvenue à maturité.

3° *Immeubles acquis (à titre onéreux) pendant le mariage.*

49. Aux termes de l'art. 1401-3°, l'actif de la communauté comprend « tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage ». Cette règle, qui, dans sa généralité, s'applique aux immeubles acquis *à un titre quelconque,* reçoit, comme on le verra bientôt, une exception tellement importante, en ce qui concerne les immeubles acquis *à titre gratuit* (art. 1404 et 1405), qu'elle ne subsiste plus guère, en fait, que relativement aux immeubles acquis à titre onéreux, principalement à titre d'achat. Ainsi limitée, la règle, qui attribue à la communauté les immeubles acquis pendant le mariage, se justifie par cette considération, qu'il n'y a pas de motifs pour que l'acquisition doive profiter à l'un des époux plutôt qu'à l'autre, et que d'ailleurs elle aura été payée la plupart du temps avec des deniers de la communauté, dans les caisses de laquelle vient se confondre, comme en un réservoir commun, tout l'argent des époux.

Peu importe d'ailleurs que l'acquisition ait été faite par les deux époux conjointement ou par l'un d'eux seulement.

Les biens, ainsi acquis pendant la durée de l'association conjugale, sont désignés indifféremment sous la dénomination d'*acquêts* ou de *conquêts* (de *cum acquirere*).

Dans notre ancien droit, on les appelait exclusivement *conquêts*. L'expression *acquêts* était réservée pour faire antithèse aux *propres de succession,* tandis que celle de *conquêts* faisait antithèse aux *propres de communauté.*

50. Si les immeubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté, au contraire ceux qui appartiennent aux époux lors de la célébration du mariage leur demeurent propres. « *Les immeubles que » les époux possèdent au jour de la célébration du mariage.... n'entrent » point en communauté* », dit l'art. 1404 al. 1.

Toutefois, la loi apporte immédiatement une exception importante à cette règle : « *Néanmoins, si l'un des époux avait acquis un immeuble » depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté, et » avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet inter- » valle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait » été faite en exécution de quelque clause du mariage, auquel cas elle » serait réglée suivant la convention* » (art. 1404 al. 2).

Deux époux ont fait un contrat de mariage contenant stipulation du régime de la communauté ; dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat et la célébration du mariage, l'un des époux, le mari par exemple, emploie tout ou partie de ses capitaux en acquisition d'immeubles. La loi décide que, sauf le cas où l'acquisition aurait été faite en exécution d'une clause du contrat de mariage, ces immeubles tomberont dans la communauté, contrairement à la règle générale formulée par l'art.

1404 al. 1. Mais pourquoi donc ? Parce que la femme, dans l'espèce, a dû compter que les valeurs mobilières appartenant à son mari lors du contrat tomberaient dans la communauté, et ses prévisions seraient trompées, si le mari pouvait soustraire ces valeurs à la communauté en les transformant en immeubles dans l'intervalle des deux contrats. Il y a là une fraude, tout au moins une indélicatesse, dont la loi ne devait pas se faire la complice.

* Notre article donne la même solution, car il ne distingue pas, pour le cas où le prix de l'acquisition faite dans l'intervalle des deux contrats était encore dû lors de la célébration du mariage, et alors le motif de la disposition n'apparaît plus aussi clairement. Il n'y aurait pas eu grand inconvénient, dans cette hypothèse, à laisser l'immeuble propre à l'époux conformément au droit commun, car la communauté n'en aurait payé le prix que sauf récompense.

51. Le texte que nous venons d'analyser déroge au droit commun (argument du mot *Néanmoins*) ; il doit donc, à ce titre, recevoir l'interprétation restrictive, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

Nous tirerons de là plusieurs déductions :

1° L'art. 1404 al. 2 ne recevra pas son application au cas où les époux se sont mariés sans contrat, quelque rapprochée du mariage que soit d'ailleurs l'acquisition faite par l'un des deux conjoints.

2° Les acquisitions d'immeubles, faites antérieurement à la date du contrat de mariage, fût-ce la veille, resteront soumises au droit commun, et cela alors même qu'en fait l'autre époux les aurait ignorées.

3° La disposition de l'art. 1404 al. 2 ne s'appliquera pas aux immeubles acquis par l'un des époux dans l'intervalle des deux contrats, soit à titre gratuit, soit moyennant des valeurs qui n'étaient pas destinées à tomber dans la communauté. Ainsi, entre le contrat de mariage et la célébration, le mari reçoit un immeuble à titre de donation, ou bien il échange un de ses immeubles contre un autre ; l'immeuble ainsi acquis ne tombera pas dans la communauté, l'art. 1404 al. 2 ne recevant pas ici son application, parce que le motif qui l'a fait édicter manque complètement. L'époux ne cherche pas à frauder la communauté en s'appropriant une valeur destinée à devenir commune.

4° Si, dans l'intervalle des deux contrats, l'un des époux réalise une opération inverse de celle que prévoit l'art. 1404 al. 2, c'est-à-dire s'il transforme ses immeubles en valeurs mobilières, en les vendant par exemple, ces valeurs mobilières tomberont dans la communauté, sans récompense au profit de l'époux, conformément au droit commun qui doit recevoir son application par cela seul qu'on est en dehors du cas pour lequel la loi y a dérogé. *Et alias non est eadem ratio.*

L'opinion contraire, qui, appliquant par analogie l'art. 1404 al. 2, déclare dans l'espèce proposée les valeurs mobilières propres à l'époux aliénateur, compte cependant de nombreux partisans. On prétend, pour la soutenir, que le texte précité n'est nullement une disposition exceptionnelle, mais au contraire l'application d'un principe général, du principe que les conventions matrimoniales ne peuvent être modifiées que dans les formes prescrites par la loi, à peine de nullité. Ce point de départ une fois admis, on dit : Si l'art. 1404 al. 2, a considéré la transformation de la fortune mobilière en immeubles comme une modification aux conventions matrimoniales, nulle parce qu'elle n'est pas faite dans les formes prescrites par la loi, il

en doit être de même du cas inverse, c'est-à-dire de celui où des immeubles ont été transformés en valeurs mobilières dans l'intervalle des deux contrats; ces valeurs par suite ne devront pas profiter à la communauté. — Ce raisonnement serait exact, si les époux avaient détaillé dans leur contrat de mariage les biens mobiliers qui leur appartenaient lors du contrat et qu'ils entendaient mettre en communauté. Mais ce n'est pas là, on le suppose, ce qu'ils ont fait : ils ont déclaré se marier sous le régime de la communauté, sans dire quels biens elle comprendrait; ils ont donc entendu s'en référer, en ce qui concerne la composition de l'actif de la communauté, aux dispositions de la loi. Or la loi a égard, pour déterminer cette composition, à l'état de la fortune des époux lors de la célébration du mariage, et non lors du contrat. D'ailleurs cette opinion, qui aurait pour résultat de faire de l'art. 1404 al. 2 un texte complètement inutile, puisqu'ainsi entendu il ne ferait qu'appliquer une règle générale à un cas particulier, aurait le tort plus grave encore de conduire finalement à faire commencer la communauté au jour du contrat de mariage, contrairement à l'art. 1399, ou tout au moins de déterminer la composition de son actif en se référant à l'époque du contrat, et non à celle du mariage comme le dit la loi.

N° 2. De l'actif du patrimoine propre à chaque époux.

52. Le patrimoine propre de chaque époux peut comprendre soit des immeubles, soit des biens mobiliers. Il y a donc deux catégories de biens propres : les propres immobiliers et les propres mobiliers.

I. *Des propres immobiliers.*

53. Chaque époux conserve à titre de propres : 1° les immeubles dont l'acquisition remonte à une époque antérieure au mariage ; 2° les immeubles acquis à titre lucratif pendant le mariage ; 3° certains immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.

A. Immeubles dont l'acquisition remonte à une époque antérieure au mariage (art. 1402 et 1404 al. 1).

54. Cette première catégorie comprend :

a. Les immeubles dont les époux étaient propriétaires lors du mariage (art. 1404 al. 1), sauf l'exception relative aux immeubles acquis dans l'intervalle des deux contrats (art. 1404 al. 2).

b. Les immeubles dont les époux avaient la possession légale antérieurement au mariage (art. 1402). Par possession légale entendez celle qui, étant conforme aux exigences de l'art. 2229, est susceptible avec le temps d'engendrer l'action possessoire ou la prescription. Il suffit d'ailleurs que la possession soit antérieure au mariage, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait duré plus d'un an ; il n'est pas nécessaire non plus que la possession ait été accompagnée de la bonne foi.

c. Enfin, les immeubles acquis pendant le mariage en vertu d'une cause préexistante qui rétroagit à une époque antérieure à la célébration. On peut citer comme exemples : le cas où l'un des époux était, avant le mariage, propriétaire sous une condition suspensive qui s'est réalisée pendant le mariage (art. 1179) ; celui où une donation d'im-

meuble, faite par l'un des époux avant le mariage, est révoquée pour cause d'inexécution des charges, de survenance d'enfant ou même d'ingratitude; enfin le cas où une donation d'immeuble, faite avant le mariage par l'un des époux avec stipulation du droit de retour, est résolue pendant le mariage par l'événement du retour.

B. *Immeubles acquis à titre lucratif pendant le mariage.*

55. Les principaux titres lucratifs sont : l'accession ou incorporation, la succession, la donation.

a. Accession ou incorporation.

56. Toutes les augmentations ou accroissements, qu'acquièrent les propres pendant le cours du mariage par voie d'accession ou d'incorporation, profitent à l'époux propriétaire, et n'entrent pas en communauté. Il en est ainsi, pour les fonds voisins d'un cours d'eau, de l'accroissement provenant de l'alluvion (art. 556) ou des relais que forme l'eau courante (art. 557), et même de l'accroissement résultant soit de l'*avulsio* (art. 559), soit de la formation dans la rivière d'une île qui profite en tout ou en partie au fonds (art. 561). Ces divers accroissements font partie de l'immeuble, avec lequel ils s'identifient, et suivent par conséquent son sort. Les bâtiments, qui seraient construits sur un terrain propre à l'un des époux pendant le mariage, seraient également propres à cet époux, sauf la récompense due à la communauté qui aurait payé les constructions.

b. Succession.

57. Les immeubles qui échoient aux époux pendant le cours du mariage à titre de succession ne tombent point en communauté, dit l'art. 1404 al. 1; ils forment donc des propres pour l'époux héritier. Nous savons qu'il en est autrement des meubles (*supra* n. 45).

Si une même succession échue à l'un des époux est *mixte,* c'est-à-dire composée à la fois de meubles et d'immeubles, les meubles tomberont dans la communauté, les immeubles en seront exclus.

Il peut se faire que l'un des époux soit appelé à recueillir une succession mixte concurremment avec d'autres héritiers. Un partage sera alors nécessaire, et c'est au résultat de ce partage qu'il faudra s'en tenir, d'après la jurisprudence et la majorité des auteurs, pour déterminer les droits de la communauté sur la part attribuée à l'époux héritier. Si donc l'époux n'obtient dans son lot que des meubles, ils tomberont dans la communauté pour la totalité; s'il n'obtient que des immeubles, ils seront propres pour le tout; enfin si le lot de l'époux est composé partie de meubles, partie d'immeubles, les meubles tomberont dans la communauté et les immeubles en seront exclus. Cette solution admise par Pothier semble commandée encore aujourd'hui, dit-on, par l'art. 883, dont la disposition est conçue dans les termes les plus généraux. Il faut supposer bien entendu un partage fait sans fraude; car la fraude fait cesser l'application de tous les principes.

Il y a cependant sur cette question de graves dissidences. Des auteurs considérables soutiennent que l'art. 883 ne s'applique que dans les rapports des cohéritiers entre eux et avec leurs ayant cause respectifs, non dans leurs rapports avec les tiers; que par suite les droits respectifs de l'époux héritier et de la communauté, qui est un tiers à l'encontre des cohéritiers, doivent être réglés d'après le rapport existant entre la valeur des meubles et la valeur des immeubles de la succession, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper à ce point de vue des résultats du partage. Ainsi, la succession mixte, dans laquelle l'un des époux est héritier pour partie, étant composée pour un quart de meubles et pour trois quarts d'immeubles, les biens mis dans le lot de cet époux tomberaient toujours pour un quart dans la communauté et demeureraient propres pour les trois quarts, sans que ce résultat pût être modifié par la composition du lot attribué à l'époux.

L'art. 1404 al. 1 déclare propres les immeubles qui échoient à l'un des époux pendant le mariage *à titre de succession,* par conséquent à un titre successif quelconque, car la loi ne distingue pas. Sont donc propres, non seulement les immeubles qui adviennent à l'un des époux pendant le mariage en qualité d'héritier légitime, mais aussi ceux qu'il recueille comme successeur irrégulier, ou par l'exercice du droit de retour successoral dans l'un des cas prévus par les art. 351, 747 et 766, ou même, suivant l'opinion générale, mais ceci est beaucoup plus douteux, par l'exercice du retrait successoral (art. 841).

c. Donation.

58. Dans notre ancien droit, les immeubles, donnés soit aux deux époux conjointement, soit à un seul d'entre eux, tombaient en principe dans la communauté. L'art. 1405 s'écarte de cette tradition, au moins en ce qui concerne les donations faites à l'un des époux. « *Les donations » d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des époux, » ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul, » à moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée » appartiendra à la communauté* ».

Les immeubles donnés à l'un des époux soit entre vifs, soit par testament, car la loi ne distingue pas, demeurent donc propres à l'époux donataire, à moins que le donateur n'ait manifesté expressément dans la donation la volonté de gratifier la communauté.

En est-il de même des immeubles donnés aux deux époux conjointement? Ces immeubles tombent-ils dans la communauté; ou bien sont-ils propres à chaque époux pour la moitié, par application de l'art. 1405?

La question présente principalement de l'intérêt à deux points de vue. D'abord, si les immeubles dont il s'agit tombent dans la communauté, la femme n'en pourra réclamer sa part qu'autant qu'elle acceptera la communauté (arg. art. 1492); tandis que, s'ils sont propres à chaque époux pour la moitié, la femme aura droit à sa moitié, même en cas de renonciation à la communauté (arg. art. 1495-1°). D'autre part, si ces immeubles sont communs, le mari pourra les aliéner à titre onéreux, en totalité, sans le concours de sa femme (art. 1421), tandis que s'ils ne tombent pas dans la communauté, le mari ne pourra aliéner la moitié propre à la femme qu'avec le consentement de celle-ci (arg. art. 1428).

La question ne fait guère de doute, quand le donateur a manifesté d'une manière non équivoque la volonté que le bien donné fût propre à chaque époux pour partie, par exemple en leur assignant une part déterminée dans le bien donné : la moitié à chacun, ou le tiers à l'un, les deux tiers à l'autre. Il y a alors deux donations distinctes s'adressant à chaque époux séparément, et le bien donné ne tombe pas en communauté.

Dans les autres cas la question est délicate. Nous croyons que l'immeuble donné devra tomber dans la communauté. En effet, d'après l'art. 1401-3°, l'actif de la communauté comprend *tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage,* par conséquent les immeubles acquis même *à titre gratuit ;* car la loi ne distingue pas. Cette induction n'est pas détruite, comme on l'a prétendu, par l'art. 1402 *in fine,* qui déclare que la présomption, en vertu de laquelle tous les immeubles sont réputés acquêts de communauté, tombe devant la preuve, faite par l'un des époux, que tel immeuble lui est échu *à titre de donation;* sous-entendez : « dans les cas où la donation rend l'immeuble propre » : ce qui arrive en effet le plus souvent, mais non toujours, ainsi qu'on le voit par l'art. 1405 *in fine.* D'ailleurs l'art. 1402 n'a nullement pour but de déterminer quels immeubles sont propres et quels autres conquêts, mais seulement de résoudre une question de preuve. Il ne faut pas chercher dans un texte la solution de difficultés que le législateur n'a pas eues en vue, sous peine de lui faire dire le contraire de ce qu'il pense. La règle est donc que les immeubles acquis *même à titre gratuit* pendant le mariage, tombent dans la communauté. A cette règle l'art. 1405 apporte une exception ; mais, comme toutes les exceptions, celle-ci est de stricte interprétation. Or elle n'est formulée qu'en vue des donations d'immeubles *qui ne sont faites qu'à l'un des deux époux;* donc elle ne s'applique pas au cas de donations faites aux deux époux conjointement.

Au surplus, la distinction, que le législateur établit ainsi entre les donations qui ne sont faites qu'à l'un des deux époux et celles qui sont faites aux deux conjointement, est facile à justifier. Au premier cas en effet, le donateur semble avoir voulu gratifier personnellement l'époux donataire, tandis qu'au second il semble plutôt avoir voulu gratifier la communauté, qui n'est pas autre chose que l'association des deux époux.

* M. Arntz, qui admet sur cette question l'opinion contraire à celle que nous venons de développer, prétend que l'art. 849 al. 2 prouve à l'évidence la justesse de sa solution ; « car, dit-il, lorsqu'un don a été fait à deux époux conjointement, dont l'un seulement est successible, celui-ci doit en rapporter la moitié » (t. III, n. 575). Le savant auteur n'a pas remarqué que l'art. 849 s'applique, à raison de la généralité de ses termes, même aux donations *mobilières;* de sorte que, si l'argument fourni par ce texte était fondé, il conduirait à dire que toute donation soit immobilière, soit même *mobilière,* faite aux deux époux conjointement, est une source de propres et non de conquêts : ce que personne n'a jamais proposé. Tout ce qu'on peut induire de l'art. 849 al. 2, c'est que la communauté entre époux ne constitue pas une personne morale.

C. *Propres immobiliers résultant de certaines acquisitions à titre onéreux faites pendant la durée de la communauté.*

59. Dans cinq cas exceptionnels, des acquisitions à titre onéreux faites pendant le mariage procurent des propres. Les quatre premiers sont prévus par les art. 1406, 1407, 1434 et 1435, 1408. Le dernier, que nous nous bornerons à mentionner ici, résulte de l'art. 1595-2°.

PREMIER CAS, *prévu par l'art. 1406. Accommodement de famille.*

60. « *L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascen-* » *dant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit,* » *soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'en-* » *tre point en communauté; sauf récompense ou indemnité* » (art. 1406).

Eclaircissons ce texte par un exemple. Un père doit 10,000 fr. à son fils marié sous le régime de la communauté, du chef d'un compte de tutelle par exemple, ou à titre de dot; il lui cède en paiement un immeuble qui vaut à peu près cette somme. Ou bien c'est un père qui, étant débiteur de 10,000 fr. envers des tiers, cède à son fils un immeuble de cette valeur à la charge de payer ses dettes. Une pareille cession est en réalité à titre onéreux; par suite l'immeuble ainsi acquis par le fils devrait tomber dans la communauté (art. 1401-3°). Cependant l'art. 1406 le déclare propre, sans doute parce qu'il considère l'opération comme un *accommodement de famille,* ayant pour but unique d'anticiper un résultat qui se serait produit lors de la mort du père, en vertu des lois régissant les successions. En effet, sans la cession dont il vient d'être parlé, le fils aurait été obligé, à la mort de son père et en qualité d'héritier de celui-ci, de subir la confusion de ce que son père lui devait (art. 1300), ou de payer ce qu'il devait à des tiers, et il aurait recueilli l'immeuble à titre de propre. Ce résultat ne doit pas être changé par suite de l'*avancement d'hoirie* qu'a fait le père.

* Les mots « sauf récompense ou indemnité », qui terminent l'art. 1406, signifient que la communauté aura droit, le cas échéant, à une indemnité pour le préjudice que pourra lui causer l'application de l'art. 1406.

Comme on vient de le voir, la disposition de notre article déroge au droit commun, d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage appartiennent à la communauté. Aussi cette disposition doit-elle être interprétée restrictivement, d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Elle ne s'appliquerait donc pas :

1° A la cession faite par tout autre qu'un ascendant, l'époux cessionnaire fût-il l'héritier présomptif du cédant;

2° A la cession faite par un ascendant moyennant un prix payable entre ses mains. Il y aurait alors une véritable vente;

3° A la cession qui serait faite par un ascendant de l'un des époux au conjoint de celui-ci.

Dans ces trois cas on est en dehors des termes de l'art. 1406, en dehors de l'exception par conséquent; on rentre donc dans la règle.

Mais, s'il importe de ne pas étendre la loi au delà de ses véritables limites, il importe non moins de n'en pas restreindre arbitrairement la portée. L'art. 1406 s'appliquerait donc à l'abandon fait par un ascendant quel qu'il soit, et alors même que le descendant au profit duquel l'abandon a lieu se trouverait n'être pas héritier de l'ascendant lors du décès de celui-ci, étant précédé par des parents plus proches.

Deuxième cas. *Echange* (art. 1407).

61. « *L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre* » *l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en commu-* » *nauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf la* » *récompense s'il y a soulte* » (art. 1407).

= *Est subrogé.* C'est-à-dire qu'il remplace l'immeuble aliéné et devient propre à sa place. Nous sommes en présence d'un cas de subrogation *réelle,* par opposition à la subrogation *personnelle* dont il est question dans les art. 1249 et s. Cpr. t. II, n. 1040. Cette subrogation se produit de plein droit.

La loi dit : « sauf la récompense s'il y a soulte ». La *soulte,* de *solvere, solutum,* est le retour en argent que l'un des coéchangistes s'engage à payer à l'autre pour compenser la différence de valeur entre les deux immeubles échangés. Cette soulte donne toujours lieu à une récompense qui est due à la communauté ou par la communauté suivant qu'elle a payé la soulte ou qu'elle l'a encaissée.

L'art. 1407 ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que sa disposition s'appliquerait, alors même que la soulte serait considérable et dépasserait la valeur du propre échangé. Tel serait le cas où un immeuble propre valant 40,000 fr. serait échangé contre un autre immeuble valant 100,000 fr. avec 60,000 fr. de soulte : ce dernier immeuble serait propre pour la totalité, sauf à récompenser la communauté de 60,000 fr.

Cette solution est toutefois contestée par un grand nombre d'auteurs, qui, s'appuyant sur l'autorité de Pothier, pensent qu'il y a en pareil cas mélange de vente et d'échange, et que par suite il faut appliquer distributivement les règles de ces deux contrats : ce qui conduit à décider que l'immeuble acquis doit être propre dans la mesure pour laquelle il y a échange (4 dixièmes dans notre espèce) et conquêt dans la mesure où il y a vente, c'est-à-dire pour le surplus (6 dixièmes). Quelques-uns même soutiennent que, lorsque la soulte dépasse la valeur du propre aliéné, on doit appliquer exclusivement les principes de la vente, en vertu de la règle *Major pars trahit ad se minorem :* d'où il résulterait que l'immeuble acquis serait conquêt pour la totalité, sauf récompense à l'époux propriétaire. — Au milieu de ces divergences, le plus sûr paraît être de s'en tenir au texte, qui, ainsi que nous l'avons déjà noté, ne fait aucune distinction : *sauf la récompense s'il y a soulte,* dit la loi. Nous admettrions cependant une restriction pour le cas où, sous le nom mensonger d'échange, se cacherait une véritable vente ; car la nature d'un contrat ne doit pas toujours être appréciée d'après le nom que lui ont donné les parties, mais d'après le réalité des choses. *Contractus non ex nomine sed ex re legem accipiunt.* Tel serait le cas où le mari aurait échangé un immeuble propre de 5,000 fr. contre un autre immeuble de 100,000 fr. avec 95,000 fr. de soulte. En allant au fond des choses, on voit clairement ici un achat sous le nom d'échange : le mari a en réalité acheté un immeuble de 100,000 fr., et il a donné en paiement (*datio in solutum*) son immeuble propre jusqu'à concurrence de 5,000 fr. L'immeuble acquis sera donc conquêt pour la totalité, sauf la récompense.

Si un propre mobilier (nous verrons bientôt qu'il y en a) est échangé contre un

immeuble, la subrogation se produira-t-elle par application de l'art. 1407? Pothier admettait l'affirmative, et sa décision semble encore devoir être suivie. Où serait en effet la raison de distinguer ? Il est vrai que l'art. 1407 ne parle que des propres immobiliers ; mais son silence en ce qui concerne les propres mobiliers s'explique facilement à cause de la rareté de ces propres, surtout sous le régime de la communauté légale. Ici comme ailleurs, *lex statuit de eo quod plerumque fit.*

TROISIÈME CAS. *Remploi* (art. 1434 et 1435).

62. Bien que le législateur réglemente cette matière dans la section qui traite de l'administration de la communauté (art. 1434 et 1435), il convient d'en traiter ici, parce qu'elle forme le complément indispensable de l'ordre d'idées dans lequel nous sommes engagés.

Remploi signifie remplacement : par le moyen du remploi un propre est remplacé par un autre. — Mais c'est aussi ce qui a lieu dans le cas d'échange, dont il vient d'être parlé ; où donc est la différence ? La voici : l'échange opère la substitution *immédiate* d'un propre à un autre; au contraire, le remploi n'opère qu'une substitution *médiate,* c'est-à-dire que le propre de l'un des époux est d'abord vendu, puis, avec le prix provenant de la vente, un autre immeuble est acheté, qui est subrogé au premier; de sorte que le propre est d'abord converti en argent, puis l'argent en un immeuble qui est subrogé au propre, lequel se trouve ainsi *remployé,* c'est-à-dire remplacé.

On distingue deux espèces de remploi : le remploi *facultatif* et le remploi *conventionnel.* Le remploi facultatif est celui qui est autorisé, mais non imposé par la loi, dans le silence du contrat de mariage. Le remploi conventionnel est celui qui est prévu par le contrat de mariage et ordinairement imposé par lui; d'où le nom de *remploi obligatoire* qu'on lui donne quelquefois.

63. I. **Remploi facultatif.** Un immeuble propre à l'un des époux ayant été vendu, la loi permet de lui subroger, par le moyen du remploi, un autre immeuble acheté avec le prix du premier. Il y aura alors exception à la règle, que les immeubles acquis pendant le mariage forment des conquêts (art. 1401 al. 3).

Mais, pour que le remploi s'opère, la loi exige certaines conditions, qui varient suivant que l'opération est effectuée pour le compte du mari ou pour celui de la femme.

64. 1° *Remploi facultatif opéré pour le compte du mari.* Il est réglementé par l'art. 1434, ainsi conçu : « *Le remploi est censé fait à l'égard* » *du mari, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle* » *était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui* » *était personnel, et pour lui tenir lieu de remploi* ».

Ainsi la loi exige une double déclaration : déclaration de l'origine des deniers, déclaration du but de l'acquisition.

Déclaration de l'origine des deniers. Le mari déclarera que les deniers

employés à la nouvelle acquisition proviennent de l'aliénation d'un immeuble qui lui était propre.

Au surplus, la loi n'exige pas que les deniers employés à la nouvelle acquisition soient identiquement les mêmes que ceux provenant de l'aliénation du propre qu'il s'agit de remployer. Ces deniers sont peut-être depuis longtemps confondus avec d'autres dans la caisse de la communauté ; souvent même ils auront été placés. Ici, bien évidemment, *tantumdem est idem.*

Déclaration du but de la nouvelle acquisition. Le mari dira qu'elle est faite pour lui tenir lieu de remploi.

Ces deux déclarations sont exigées cumulativement, ainsi que l'indique la conjonctive *et* employée par l'art. 1434, que le législateur a substituée à dessein à la disjonctive *ou* employée par Pothier. Le contraire a été soutenu à tort.

La double déclaration dont il vient d'être parlé doit être contemporaine de l'acquisition, il faut qu'elle soit faite *in continenti,* non *ex intervallo;* elle doit donc être contenue dans l'acte même d'acquisition. Autrement l'immeuble acquis tomberait dans la communauté en vertu de l'art. 1401-3°, et la volonté des époux ne pourrait plus, en règle générale, le faire devenir propre.

65. 2° *Remploi facultatif opéré pour le compte de la femme.* — Si l'acquisition destinée à tenir lieu de remploi à la femme est faite par la femme elle-même autorisée comme de droit, les deux conditions, exigées par l'art. 1434 pour la validité du remploi concernant le mari, sont nécessaires et suffisantes. Elles sont nécessaires encore, mais elles ne suffisent plus, si cette acquisition est effectuée par le mari pour le compte de la femme et sans mandat de la part de celle-ci. Dans ce cas, la validité du remploi est subordonnée à l'*acceptation* de la femme, car l'acquisition faite par le mari peut être désavantageuse, et il ne serait pas juste qu'il pût l'imposer à sa femme. Cass., 25 juin 1883, Sir., 85. 1. 376. Cette acceptation, qui doit être *formelle,* c'est-à-dire expresse, peut utilement survenir jusqu'à la dissolution de la communauté. Après, il serait trop tard : la condition, à laquelle était subordonnée la validité du remploi, serait définitivement défaillie, et la femme n'aurait plus droit qu'à la récompense du prix de son propre.

Nous venons d'analyser l'art. 1435, ainsi conçu : « *La déclaration » du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble » vendu par la femme et pour lui servir de remploi, ne suffit point, si ce » remploi n'a été formellement accepté par la femme : si elle ne l'a pas » accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la commu- » nauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu* ».

Les mots *lors de l'acquisition,* qui figurent dans l'art. 1434, ne se retrouvent plus dans l'art. 1435. De là on a voulu conclure que la double déclaration, exigée dans tous les cas pour la validité du remploi, ne doit être contemporaine de l'acquisition que dans l'hypothèse prévue par l'art. 1434, c'est-à-dire lorsque le remploi concerne

le mari; elle pourrait donc utilement être faite *ex intervallo,* lorsque le remploi concerne la femme. Mais cette solution doit être rejetée. Outre qu'on ne verrait que de bien faibles motifs de cette différence entre les deux remplois, les termes mêmes de l'art. 1435 la proscrivent; car il dit : « La déclaration du mari que l'acquisition EST » *faite* », tandis qu'il aurait fallu dire : *est ou a été faite,* si le législateur avait voulu autoriser une déclaration postérieure. D'ailleurs il est manifeste que la formule employée par l'art. 1435 est l'équivalent de celle-ci : Les deux conditions exigées par l'article précédent sont nécessaires, mais ne suffisent plus, quand le remploi est effectué par le mari pour le compte de la femme.

66. Il existe une controverse fort grave sur le point de savoir quelle est, au point de vue juridique, la nature de l'acte que le mari accomplit, lorsque, voulant procurer à sa femme le remploi d'un propre qu'elle a aliéné, il fait l'acquisition d'un immeuble avec la double déclaration prescrite par l'art. 1435.

D'après un premier système, l'opération doit être décomposée de la manière suivante : acquisition par le mari d'un immeuble pour le compte de la communauté, en vue de la mettre à même de s'acquitter envers la femme; offre faite à la femme d'accepter cet immeuble en paiement du prix de son propre, que lui doit la communauté. Le mari apparaîtrait ainsi comme représentant principalement l'intérêt de la communauté, au nom de laquelle il fait à la femme une *offre de dation en paiement,* que celle-ci peut accepter ou refuser. En l'acceptant, la femme devient l'ayant cause de son mari, qui lui transmet l'immeuble comme chef de la communauté après l'avoir d'abord acquis pour le compte de celle-ci.

Ce système conduit, entre autres, aux deux conséquences suivantes : 1° Il y a lieu au profit du fisc à la perception de deux droits de mutation, un pour l'acquisition faite au profit de la communauté, un autre pour la cession faite par la communauté à la femme ; 2° Les aliénations ou les constitutions de droits réels, consenties par le mari avant l'acceptation de la femme sur l'immeuble offert en remploi à celle-ci, ne peuvent recevoir aucune atteinte par suite de cette acceptation; car le mari n'a pu transmettre à la femme, son ayant cause, que le droit qui lui appartenait encore au moment de la cession. On peut dire encore qu'en aliénant l'immeuble, le mari a retiré son offre de remploi, et qu'en le grevant de droits réels il l'a modifiée; or une offre retirée ne peut plus être utilement acceptée, et une offre modifiée ne peut plus être acceptée que dans les conditions nouvelles où elle se présente.

Dans un autre système, que nous préférons et qui a pour lui l'autorité de Pothier, on considère le mari, qui fait une acquisition destinée à tenir lieu de remploi à sa femme, avec les deux déclarations prescrites par l'art. 1435, comme agissant, d'une part, en qualité de représentant de la communauté, en vue de la libérer de sa dette, et d'autre part, à titre de *gérant d'affaire* pour le compte de la femme, en vue de lui procurer un remploi avantageux. L'acceptation faite par la femme doit en conséquence être considérée comme une ratification de la gestion entreprise par le mari, de sorte qu'en vertu de la règle *Ratihabitio mandato æquiparatur,* l'acquisition est censée avoir été faite pour le compte de la femme, absolument comme si le mari avait agi en vertu d'un mandat donné par elle. En d'autres termes, l'acceptation de la femme produirait un effet rétroactif au jour de l'acquisition, ce qui conduirait finalement à décider, d'une part qu'un seul droit de mutation est dû au fisc, et d'autre part que l'acceptation de la femme met à néant les aliénations et les constitutions de droits réels faites par le mari. Solution qui n'est pas aussi injuste à l'égard des tiers qu'elle le paraît au premier abord; car la prudence la plus vulgaire commandait à ceux qui ont traité avec le mari de prendre connaissance de son titre d'acquisition : ce titre leur eût révélé le danger suspendu sur leur tête, et il leur eût été facile de le conjurer en exigeant le concours de la femme à l'aliénation ou à la constitution de droits réels proposée par le mari.

* Le système, que nous venons d'exposer en dernier lieu, permet de ne pas confondre le remploi proprement dit, dont parlent les art. 1434 et 1435, avec l'opération que l'art. 1595-2° appelle improprement de ce nom. Il s'agit du cas où un mari commun en biens cède à sa femme, soit un bien à lui propre, soit un bien appartenant à la communauté, mais qui n'a pas été acquis dans ce but, pour la remplir du prix d'un propre aliéné dont la communauté se trouve débitrice envers elle : c'est-à-dire que nous sommes dans l'hypothèse d'une *datio in solutum* et non d'un remploi. La femme devient l'ayant cause de son mari, ce qui entraine les conséquences signalées plus haut en exposant le premier système : notamment il y a deux droits de mutation à payer au fisc, et la femme doit respecter les aliénations consenties par le mari et les droits réels établis de son chef.

67. La loi ne parle que du remploi des propres immobiliers ; mais ses termes doivent être considérés comme simplement énonciatifs, et ne feraient par suite nul obstacle à ce que les époux pussent effectuer le remploi de leurs propres mobiliers qui auraient été aliénés. Le silence de la loi en ce qui concerne le remploi des propres mobiliers s'explique d'ailleurs d'une manière toute naturelle, ce remploi n'étant susceptible de se produire que dans des cas infiniment rares, à cause de la rareté même des propres mobiliers sous le régime de la communauté légale. Le propre mobilier aliéné pourrait du reste être remplacé, soit par un autre objet mobilier soit par un immeuble.

68. De même, de ce que les art. 1434 et 1435 supposent, comme il arrivera en effet le plus souvent, que le remploi est effectué après l'aliénation du propre qu'il s'agit de remployer, il ne faudrait pas en conclure qu'il ne peut pas être fait avant. Le remploi anticipé est souvent une nécessité dans la pratique, et une jurisprudence constante en admet la validité lorsque d'ailleurs il satisfait, au moins par équipollent, aux prescriptions des art. 1434 et 1435. Ainsi le mari se propose de vendre un immeuble rural qui lui est propre et de le remplacer par une maison. Avant d'avoir trouvé un acquéreur pour son immeuble, il trouve une maison qui lui convient à tous les points de vue, et il l'achète. Dans l'acte qui est dressé pour constater cet achat, il déclare que l'acquisition est faite pour lui tenir lieu de remploi de son domaine, qu'il se propose de vendre à première occasion ; que le prix de la maison sera payé avec les deniers à provenir de la vente du domaine, dont il délègue, si l'on veut, le prix par anticipation au vendeur de la maison. Plus tard le domaine est vendu ; le prix en est payé entre les mains du vendeur de la maison, et le mari, par surcroît de précautions, fait constater dans la quittance l'origine des deniers qu'il paie. Pourquoi donc le remploi, fait dans de semblables conditions, ne serait-il pas valable? On objecte qu'on ne peut pas remplacer un immeuble qui occupe encore sa place dans notre patrimoine. Sans doute. Mais on peut le remplacer pour le cas où il aura cessé d'y figurer ; le remploi est alors conditionnel, voilà tout. — Cpr. Cass., 14 mai 1879, Sir., 80. 1. 17, et 8 novembre 1886, Sir., 87. 1. 61.

69. Effets du remploi facultatif. Frais. — L'immeuble acquis en remploi est subrogé au propre aliéné.

Si une partie seulement des deniers provenus de l'aliénation du propre a été employée à l'acquisition du nouvel immeuble, l'époux, pour le compte duquel le remploi a été effectué, conserve pour le surplus son droit à récompense contre la communauté. Ainsi un propre de la femme, vendu 30,000 fr., a été remployé en un immeuble acheté 20,000 fr. ; la femme conservera le droit de réclamer à la communauté une récompense de 10,000 fr.

En sens inverse, si le prix de l'immeuble acquis en remploi dépasse le prix retiré de l'aliénation de l'immeuble remployé, l'immeuble nouvellement acquis ne sera propre que pour une fraction correspondante au prix du propre remployé; il tombera dans la communauté pour le surplus. Ainsi un immeuble propre de la femme vendu pour 30,000 fr. a été remployé en un immeuble acheté 40,000 fr.; ce dernier sera propre pour 3/4 et commun pour 1/4. En effet la subrogation ne peut avoir lieu que pour la partie de l'immeuble acquise avec les deniers provenant de l'aliénation du propre qu'il s'agit de remployer (arg. art. 1434 et 1435); le surplus est acquis avec les deniers de la communauté, et tombe par conséquent dans la communauté (art. 1401-3°). Cependant Pothier décidait que, si l'excédent de valeur de l'immeuble acquis en remploi était très peu considérable, il deviendrait propre pour le tout, sauf récompense à la communauté. La plupart des auteurs acceptent encore cette solution, contre laquelle s'élèvent cependant de graves objections.

Les frais du remploi sont à la charge de l'époux pour le compte duquel il a été fait.

70. II. **Remploi conventionnel.** — Le remploi conventionnel est celui qui est prévu et réglé par une clause du contrat de mariage. La convention de remploi est presque toujours relative aux biens de la femme, et a le plus souvent pour but d'obliger le mari à faire le remploi de ces biens dans un certain délai à dater de leur aliénation.

La validité du remploi conventionnel est subordonnée à l'accomplissement des conditions prescrites par les art. 1434 et 1435, sauf les dérogations résultant des dispositions du contrat de mariage. Ainsi le contrat contient quelquefois une acceptation anticipée du remploi, faite par la femme. Cette clause a pour résultat de constituer le mari mandataire de sa femme relativement à l'acquisition des biens destinés à lui tenir lieu de remploi, et la ratification de celle-ci n'est plus dès lors nécessaire.

* La clause de remploi conventionnel n'est pas opposable aux tiers, à moins que le contraire ne résulte formellement des termes du contrat, comme s'il y est dit par exemple que les immeubles de la femme ne pourront être aliénés que moyennant remploi et que les acquéreurs seront responsables de ce remploi.

71. Clause d'emploi. — On désigne sous ce nom une clause du contrat de mariage, dont l'objet est de déterminer l'emploi qui devra être fait de sommes d'argent ou de valeurs mobilières apportées par l'un des époux, la femme ordinairement, et qui lui ont été réservées propres par le contrat de mariage.

71 *bis.* En quels biens le remploi ou l'emploi doit-il être effectué? Il y a lieu de se conformer sur ce point aux dispositions de la loi ou du contrat de mariage. Ainsi, quand il est dit dans le contrat que l'emploi ou le remploi devra être fait en immeubles, il ne pourrait pas être effectué valablement en valeurs mobilières. Toutefois, aux termes de l'art. 29 al. 1 et 2 de la loi de finances du 16 septembre 1871 : « Les sommes dont le placement ou le remploi en immeubles est pres- » crit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par » une disposition à titre gratuit entre vifs, ou testamentaire, peuvent, » à moins de clause contraire, être employées en rentes françaises » de toute nature. Dans ce cas, et sur la réquisition des parties, l'im-

» matricule de ces rentes au grand livre de la dette publique en indi-
» que l'affectation spéciale ».

Quatrième cas. *Acquisition d'une portion indivise d'un immeuble dont l'autre portion appartient en propre à l'un des époux* (art. 1408).

72. Cette difficile matière, qui a son origine dans la loi 78, D., *De jure dotium* (23. 3), est régie par l'art. 1408. Ce texte est conçu dans les termes suivants : « *L'acquisition faite pendant le mariage, à* » *titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un* » *des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt;* » *sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour* » *cette acquisition. — Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son* » *nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité* » *d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la* » *dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la* » *communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la* » *portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble,* » *en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition* ».

Le législateur prévoit deux hypothèses fort distinctes.

73. Première hypothèse (art. 1408 al. 1). L'un des époux est copropriétaire par indivis d'un immeuble, avec une ou plusieurs autres personnes ; l'immeuble lui est attribué en totalité par un partage, sous l'obligation de payer une soulte; ou bien l'immeuble est licité et l'époux s'en rend adjudicataire; ou encore cet époux achète la part de ses consorts. Pour fixer les idées, c'est le mari qui est copropriétaire par indivis d'un immeuble avec *Primus;* l'immeuble leur a été légué conjointement, à chacun pour la moitié. Le mari se rend adjudicataire sur licitation de l'immeuble indivis, moyennant 20,000 fr., ou bien il achète la part de son consort pour 10,000 fr. Cette acquisition, étant faite à titre onéreux, devrait former un conquêt, par application du principe général écrit dans l'art. 1401-3°; mais la loi, dérogeant à cette disposition, décide que l'acquisition formera un propre pour l'époux, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle aurait fournie pour l'acquisition. Dans notre espèce, l'immeuble tout entier sera donc propre au mari, sauf à récompenser la communauté de la somme de 10,000 fr. qu'elle a, on le suppose, déboursée. La part indivise, qui appartenait à l'époux dans l'immeuble et qui constituait pour lui un propre, a ainsi l'énergie d'attirer à elle les autres parts indivises dont cet époux fait l'acquisition. Sans cette disposition, l'indivision ne cesserait d'exister entre l'époux copropriétaire et ses consorts que pour continuer entre cet époux et la communauté devenue propriétaire des parts acquises. Résultat contraire, non seulement à la volonté probable des époux, mais encore à l'intérêt général de la société, qui exige que l'indivision ne se perpétue pas.

L'explication que nous venons de donner a été fournie lors de la confection de la loi par le tribun Siméon. Tronchet en a présenté une autre au conseil d'Etat. D'après lui, la disposition de l'art. 1408 al. 1 ne serait qu'une conséquence du principe, que le partage est déclaratif de propriété (art. 883). Les parts indivises, acquises par licitation ou autrement, seraient déclarées propres à l'époux adjudicataire ou acquéreur, parce qu'il est réputé en avoir toujours été seul propriétaire. C'était l'explication admise par Pothier; mais d'autres auteurs, notamment Lebrun, la repoussaient. D'après eux, le principe, que le partage est déclaratif de propriété, était étranger aux relations des cohéritiers avec la communauté, et c'est encore aujourd'hui l'avis de plusieurs jurisconsultes.

74. Quatre conditions sont requises pour l'application de l'art. 1408 al. 1.

1° Il faut que l'un des époux soit propriétaire d'une portion *indivise* dans un immeuble. L'article ne recevrait donc pas son application au cas où, l'indivision ayant cessé par un partage qui a attribué à l'époux une part *divise* dans l'immeuble, cet époux acquerrait les autres parts attribuées par le partage à ses consorts : l'acquisition profiterait à la communauté d'après l'art. 1401-3°. On n'est plus ici dans l'exception; par conséquent on rentre dans la règle.

* De là nous conclurons que l'acquisition à titre onéreux, faite pendant le mariage, de l'usufruit grevant un immeuble propre à l'un des époux, formerait un conquêt et non un propre; en d'autres termes, l'usufruit racheté tomberait dans la communauté par application de l'art. 1401-3°. L'art. 1408 al. 1 n'est pas applicable ici, parce qu'il n'y a pas indivision entre l'époux nu propriétaire et l'usufruitier (cpr. t. I, n. 1308). *Non obstat* art. 1437 : la décision que donne cet article relativement au rachat des *services fonciers,* expression qui ne désigne que les servitudes *réelles,* n'est pas nécessairement applicable à l'usufruit, qui est une servitude *personnelle*. Et puis il y a une impossibilité matérielle à ce que la servitude rachetée profite à un autre qu'au propriétaire du fonds servant, tandis que cette impossibilité n'existe pas pour l'usufruit.

D'ailleurs, du moment qu'il y a indivision, il importe peu qu'elle ait pris naissance avant le mariage ou pendant; *lex non distinguit*. Peu importe aussi la cause qui a donné naissance à l'indivision, succession, donation, legs ou tout autre titre. Enfin il n'y a pas à se préoccuper non plus de savoir quelle est l'importance de la portion indivise qui appartient à l'un des époux; fût-elle d'un centième seulement, l'article s'appliquerait.

2° Il faut que la portion indivise de l'un des époux dans l'immeuble lui appartienne *en propre*. Si cette portion indivise est tombée dans la communauté, soit parce qu'elle a été acquise à titre onéreux pendant le mariage, soit parce qu'elle a été donnée à l'époux à la condition qu'elle tomberait dans la communauté, soit parce qu'elle a été attribuée à la communauté par une clause du contrat de mariage, alors c'est la communauté qui est copropriétaire de l'immeuble, et c'est à elle que profiteront les acquisitions des autres portions indivises.

3° L'acquisition des parts indivises appartenant aux consorts de l'époux doit avoir été faite *à titre onéreux* (arg. des mots « de la somme fournie pour l'acquisition »). Si donc ces parts ont été acquises par donation entre vifs ou testamentaire, il y aura lieu à l'application de l'art. 1405, et non de l'art. 1408.

Mais qu'importe, dira-t-on, puisque l'application de l'art. 1405 conduit également à décider que les parts acquises seront propres? Quel intérêt y a-t-il à dire qu'elles sont propres d'après l'art. 1405 plutôt que d'après l'art. 1408? Il importe beaucoup. En effet, l'art. 1405 recevant ici son application, à l'exclusion de l'art. 1408, il en résulte que les parts acquises par donation pourront tomber dans la communauté en vertu d'une clause formelle de la donation, et qu'elles y tomberaient également si la donation avait été faite aux deux époux conjointement sans assignation de parts. Voyez *supra* n. 58.

D'ailleurs, du moment que l'acquisition a été faite à titre onéreux, il importe peu que ce soit par vente, cession, transaction ou tout autre fait juridique. La loi dit : « à titre de licitation *ou autrement* ». Les mots *ou autrement* ne figuraient pas dans la rédaction primitive : ils ont été ajoutés sur la demande du tribunat, pour qu'il fût bien entendu que la disposition s'appliquait à l'acquisition faite à un titre onéreux quelconque.

Il n'y a pas à se préoccuper non plus de savoir si l'indivision a cessé complètement entre l'époux et ses consorts par l'acquisition de toutes les parts de ceux-ci, ou partiellement par l'acquisition de quelques-unes. Dans tous les cas, l'art. 1408 al. 1 s'appliquera ; *lex non distinguit* (Lyon, 21 janvier 1876, Dall., 1878. 2. 38). L'opinion contraire compte d'assez nombreux partisans. L'esprit de la loi, disent-ils, ne permet d'appliquer sa disposition qu'au cas où l'indivision a cessé complètement par l'acquisition de toutes les parts des consorts. — Mais l'esprit de la loi est très douteux, tandis que son texte est positif; le plus sûr est de s'y tenir. La jurisprudence est divisée comme la doctrine.

4° Enfin il faut que l'acquisition ait été faite par l'époux propriétaire de la portion indivise ou tout au moins avec son concours. Ainsi c'est à la femme qu'appartient en propre la portion indivise; les parts de ses consorts sont achetées par la femme régulièrement autorisée, ou par les deux époux conjointement (Pau, 27 juillet 1885, Sir., 87. 2. 84) ou par le mari agissant comme mandataire de la femme; l'art. 1408 al. 1 s'appliquera. Au contraire il ne s'appliquera plus, si l'acquisition est faite par le mari sans le concours de la femme et sans mandat de la part de celle-ci; mais nous tombons alors dans l'hypothèse de l'alinéa 2.

75. Deuxième hypothèse (art. 1408 al. 2). C'est à la femme qu'appartient en propre une portion indivise d'immeuble. Le mari achète les portions appartenant aux consorts de sa femme; ou bien, l'immeuble n'étant pas susceptible d'un partage en nature, il est procédé à sa licitation et le mari s'en rend adjudicataire; tout cela sans le concours de sa femme. En un mot, comme le dit l'art. 1408 al. 2, le mari *agissant seul et en son nom personnel,* se rend acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité de l'immeuble appartenant par indivis à sa femme. L'acquisition faite par le mari profitera-t-elle à la communauté, ou procurera-t-elle un propre à la femme? Attribuer définitivement cette acquisition à la communauté eût été assez injuste. Pourquoi donc priver la femme du droit de devenir propriétaire de la totalité de l'immeuble, dont une portion indivise lui appartient en propre, lorsque son mari, sans la prévenir peut-être, ou même, qui sait ! après l'avoir tenue à l'écart, a fait acquisition, soit de la totalité de l'immeuble, soit de la part de ses consorts ? D'un autre côté, imposer à la femme l'acquisition faite par son mari en la lui attribuant à titre de propre, c'eût été côtoyer un autre écueil; car cette acquisition peut ne pas lui convenir, peut-être aussi a-t-elle été faite dans des conditions désavantageuses, et pourquoi obliger alors la femme, qui n'y a pas concouru, à en subir les conséquences ?

Entre ces deux extrêmes, la loi a pris un juste milieu; elle donne à la femme un droit d'option, dont voici les deux termes : la femme

peut, ou bien laisser au compte de la communauté l'acquisition faite par son mari, ou bien la prendre pour son propre compte, ce qui s'appelle exercer le *retrait d'indivision.*

76. *Premier terme du droit d'option.* La femme peut laisser au compte de la communauté l'acquisition faite par le mari. C'est ce que la loi appelle *abandonner l'effet à la communauté.* L'article ajoute que la communauté « devient alors débitrice envers la femme de la portion » appartenant à celle-ci dans le prix ». Ainsi, la femme étant copropriétaire pour la moitié d'un immeuble indivis entre elle et son frère, le mari se rend adjudicataire sur licitation de la totalité de l'immeuble moyennant une somme de 20,000 fr. Si la femme *abandonne l'effet à la communauté,* elle aura droit à une récompense de 10,000 fr., représentant sa part dans le prix, qui est de la moitié.

Ce que la femme doit abandonner à la communauté, lorsqu'elle prend le premier parti qui nous occupe, c'est l'acquisition faite par le mari. Par conséquent l'abandon devra porter sur la totalité de l'immeuble, si le mari s'en est rendu adjudicataire sur licitation; car alors c'est la totalité de l'immeuble qui a été acquise. Au contraire, si le mari n'a fait qu'acquérir les parts des consorts de la femme, l'abandon ne doit porter que sur ces parts. Dans cette dernière hypothèse, la femme conserve donc comme propre la part indivise qui lui appartenait dans l'immeuble, et se trouve désormais dans l'indivision avec la communauté. L'opinion, d'après laquelle la femme devrait abandonner l'immeuble tout entier, y compris sa part indivise, doit être rejetée. Un texte bien formel serait nécessaire pour qu'elle dût être admise, et il ne se trouve pas à notre avis dans la disposition de notre article, d'après laquelle l'abandon doit porter sur l'*effet,* ce mot extrêmement vague pouvant s'entendre de l'acquisition faite par le mari, tout aussi bien que de la totalité de l'immeuble.

77. *Deuxième terme du droit d'option,* ou *retrait d'indivision.* La femme peut déclarer qu'elle entend prendre pour son compte l'acquisition faite par son mari. C'est ce qu'on est convenu d'appeler le *retrait d'indivision : retrait,* parce que la femme *retire* de la communauté, comme le dit l'art. 1408, l'acquisition faite par le mari, pour se l'approprier; *d'indivision,* parce que ce retrait est exercé à l'occasion et comme conséquence de l'*indivision* qui existait entre la femme et ses consorts. L'immeuble ou la portion d'immeuble, ainsi retirée par la femme, constitue pour elle un propre.

La femme, qui exerce le retrait d'indivision, doit rembourser à la communauté *le prix de l'acquisition,* et en outre, quoique la loi ne le dise pas, les frais et loyaux coûts du contrat; car il est juste que la communauté soit rendue complètement indemne. Mais la femme ne doit rien de plus, alors même que la valeur de l'immeuble acquis aurait considérablement augmenté; comme aussi, en sens inverse, si l'immeuble a diminué de valeur, la femme n'en est pas moins tenue au remboursement intégral de tout ce que la communauté a payé.

La femme, qui exerce le retrait d'indivision, prenant pour son compte

l'acquisition faite par le mari, est nécessairement réputée avoir été propriétaire dès le jour de cette acquisition. Il en résulte notamment que le fisc ne peut pas réclamer deux droits de mutation, et que la femme n'est pas obligée de respecter les aliénations et les constitutions de droits réels faites par le mari seul *medio tempore;* car elle n'est pas l'ayant cause de celui-ci. D'ailleurs, s'il en était autrement, rien ne serait plus facile au mari que de rendre illusoire le droit d'option de la femme, en aliénant l'immeuble ou en le grevant de droits réels.

Suivant l'opinion générale, la femme, qui exerce le retrait d'indivision, n'est pas tenue personnellement, mais seulement en tant que commune en biens, des obligations contractées envers ses consorts par le mari comme condition de l'acquisition, par exemple du paiement à ces consorts de leur part dans le prix de la licitation; sauf bien entendu l'exercice, de la part de ceux-ci, de leur droit de privilège ou de résolution sur l'immeuble dans lequel ils avaient un droit indivis.

78. Il résulte de l'art. 1408 al. 2 que la femme ne peut pas être forcée d'exercer son droit d'option avant la dissolution de la communauté. A cette époque, qui sera souvent éloignée de celle de l'acquisition, la femme tiendra naturellement compte, pour fixer son choix, de la valeur actuelle de l'immeuble. Si cette valeur a doublé, la femme ne manquera pas d'exercer le retrait; en sens inverse, elle ne se fera pas faute de laisser l'acquisition à la communauté, si la valeur de l'immeuble a diminué de moitié : de sorte que la femme profitera des chances heureuses, et laissera les mauvaises au compte de la communauté.

La femme a le droit d'attendre la dissolution de la communauté pour exercer son option, mais elle n'y est pas obligée. Libre à elle de renoncer au bénéfice que la loi lui accorde, en devançant un terme qui a été fixé dans son intérêt exclusif.

Conformément aux règles du droit commun, qui doivent recevoir ici leur application par cela seul que la loi n'y a pas dérogé, la volonté de la femme, exerçant son droit d'option soit pendant la communauté, soit après sa dissolution, peut être manifestée tacitement aussi bien qu'expressément. Ainsi la femme, qui a concouru à la vente faite par son mari de l'immeuble par lui acquis, a manifesté tacitement la volonté d'abandonner l'effet à la communauté, et elle ne pourra pas plus tard venir exercer le retrait d'indivision au préjudice de l'acquéreur. C'est aussi d'après les règles du droit commun que doit être gouvernée la prescription du droit d'option accordé à la femme; elle s'accomplirait par trente ans à dater de la dissolution de la communauté (arg. art. 2262). Est-ce à dire que, pendant toute la durée de ce long délai, la femme puisse entraver la liquidation de la communauté, en refusant de se prononcer ? Assurément non; on s'accorde à reconnaître que le mari ou ses héritiers auraient le droit de mettre la femme en demeure de s'expliquer; car, non seulement la loi ne lui accorde pas trente ans pour délibérer, mais elle ne lui accorde même aucun délai.

Qu'arrivera-t-il maintenant, si la femme laisse la prescription de son droit d'option s'accomplir ? A notre avis, l'acquisition faite par le mari constituera définitivement un conquêt. Cette qualité lui appartient d'après les règles du droit commun, et la femme ne peut la lui faire perdre qu'en exerçant le retrait d'indivision en temps utile.

Nous donnerions la même solution, si la femme refusait de se prononcer sur une mise en demeure régulière.

Le droit d'option de la femme passe après sa mort à ses héritiers. Nous pensons que ses créanciers pourraient aussi l'exercer de son chef par application de l'art. 1166; car c'est là un droit pécuniaire, qu'il est difficile par suite de considérer comme exclusivement attaché à la personne de la femme. Il y a toutefois controverse sur ce dernier point.

La femme peut incontestablement se prévaloir du droit d'option établi à son profit par l'art. 1408, non seulement lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté légale, mais aussi lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté conventionnelle (arg. art. 1528). Une jurisprudence constante, appuyée par la doctrine, étend l'application de l'art. 1408 au cas où la femme est mariée sous le régime dotal. Cette solution, contre laquelle paraît ne pas s'élever d'objection sérieuse quand il y a société d'acquêts entre les époux, la société d'acquêts étant une communauté conventionnelle, est plus difficile à justifier quand le régime dotal a été stipulé sans société d'acquêts, parce que l'art. 1408, dérogeant au droit commun, semble ne pouvoir être étendu en dehors du cas pour lequel il a été écrit ; or la place qu'il occupe et les termes dans lesquels il est conçu paraissent bien démontrer qu'il n'a été édicté qu'en vue du cas où il y a communauté entre les époux.

II. *Des propres mobiliers.*

79. On donne le nom de *propres mobiliers* à certains objets mobiliers, qui appartiennent en propre aux époux par dérogation à la règle d'après laquelle tout le mobilier présent et futur des époux tombe dans la communauté (art. 1401-1°).

Doivent être considérés comme ayant ce caractère :

1° Les objets mobiliers que les époux se sont réservés propres par une clause de leur contrat de mariage.

2° Les objets mobiliers qui ont été donnés ou légués à l'un des époux sous la condition expresse qu'ils ne tomberaient pas dans la communauté (art. 1401-1°).

3° Tous les droits qui sont *incessibles,* par exemple une rente viagère donnée ou léguée à l'un des époux sous la condition de ne pouvoir être cédée. On peut citer encore les soldes de retraite, les pensions de la légion d'honneur et en général les pensions dues par les administrations publiques et par l'Etat, déclarées incessibles par diverses lois. Les biens des époux ne pouvant tomber dans la communauté qu'en vertu d'une cession expresse ou tacite, ceux de ces biens qui ne sont pas susceptibles d'être cédés en sont nécessairement exclus. Alger, 11 mars 1885, Sir., 87. 2. 59.

Mais les biens des époux qui sont insaisissables sans être incessibles tomberaient dans la communauté. Il en est ainsi notamment des rentes sur l'Etat.

4° Toutes les choses mobilières qui proviennent d'un propre sans en être des fruits, comme la coupe d'une haute futaie non aménagée (arg. art. 1403 al. 1), les produits d'une carrière non ouverte avant la célébration du mariage (même article), enfin les matériaux provenant de la démolition d'une maison propre à l'un des époux.

5° « Toutes les choses mobilières qui sont substituées pendant la

communauté à un propre de l'un des conjoints » (Pothier). On ne pourrait les faire tomber dans la communauté, sans porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, puisqu'un bien, qui, d'après ces conventions, devait être propre, se transformerait en un autre qui deviendrait commun.

Voici deux applications de cette règle :

a. Un immeuble propre ayant été vendu pendant le mariage, la créance du prix est subrogée à l'immeuble, et devient propre à sa place (arg. art. 1433). Il en est de même de la soulte, que l'un des époux stipule à son profit en échangeant un immeuble propre contre un autre immeuble de valeur moindre.

b. L'indemnité, due par une compagnie d'assurances à raison de l'incendie d'un bâtiment propre à l'un des époux, ne tombe pas dans la communauté. Il en serait ainsi, alors même que, s'agissant d'un immeuble propre à la femme, l'assurance aurait été faite par le mari et les primes payées par la communauté. Le mari a rempli un devoir en faisant l'assurance, car il est chargé d'administrer la fortune de sa femme et par suite de veiller à sa conservation (art. 1428), et la communauté en a rempli un autre en payant les primes, qui sont charge de la jouissance ; aussi n'aurait-elle droit de ce dernier chef à aucune récompense.

6° Aux termes de l'art. 13 al. 3 de la loi du 20 juillet 1886, *relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse :* « Le versement » opéré antérieurement au mariage reste propre à celui qui l'a fait », et l'alinéa 5 ajoute : « Le versement fait pendant le mariage, par l'un » des deux conjoints, profite séparément à chacun pour la moitié ».

80. La communauté, nous le savons, est usufruitière de tous les biens personnels des époux, par conséquent de leurs propres mobiliers comme de leurs propres immobiliers. Pour déterminer l'étendue des droits qui lui appartiennent à ce titre, il faut distinguer s'il s'agit de propres mobiliers *parfaits* ou *imparfaits.*

a. Propres mobiliers parfaits. La doctrine désigne sous ce nom les propres mobiliers consistant en choses non fongibles, comme une créance, une galerie de tableaux. L'usufruit de la communauté sur les biens de cette nature ne lui confère que les droits de jouissance déterminés par les art. 588 et 589 ; la propriété reste à l'époux. De là plusieurs conséquences : 1° ces propres demeurent aux risques de l'époux auquel ils appartiennent ; 2° l'époux propriétaire a le droit de les reprendre *en nature* lors de la dissolution de la communauté ; 3° les propres mobiliers parfaits de la femme ne peuvent pas être saisis par les créanciers du mari.

b. Propres mobiliers imparfaits. Il s'agit de propres consistant en choses fongibles, comme des denrées, une somme d'argent. L'application des règles ordinaires de l'usufruit conduit à décider que la communauté en devient propriétaire, sauf récompense à l'époux.

En résumé, le droit d'usufruit, qui appartient à la communauté sur les propres mobiliers des époux, lui confère des droits plus ou moins

étendus suivant les cas. Si ces propres consistent en choses non fongibles, la communauté a seulement le droit d'en jouir ; l'époux qui les a apportés en demeure propriétaire, et peut les réclamer en nature lors de la dissolution de la communauté ; d'où la dénomination de *propres parfaits*. Au contraire, s'il s'agit de propres mobiliers consistant en choses fongibles, la communauté en devient propriétaire, sauf récompense. Le droit de propriété de l'époux qui a apporté ces propres se transforme en un droit de créance contre la communauté pour leur valeur ; d'où la dénomination de *propres imparfaits*.

81. Telle est la composition de chacun des trois patrimoines dont la communauté suppose l'existence.

Maintenant, si l'un des époux soutient que tel bien lui est propre, l'autre prétendant qu'il est conquêt, lequel des deux devra prouver sa prétention? La question est résolue par l'art. 1402, ainsi conçu : « *Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que* » *l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieure-* » *ment au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou* » *donation* ». Ce que la loi dit des immeubles s'applique à plus forte raison aux meubles, qui sans doute ne se sont pas présentés à la pensée du rédacteur parce qu'ils n'ont nature de propres que dans des cas assez rares. D'autre part, il est clair que l'un des époux peut revendiquer un bien comme propre en prouvant qu'il lui appartient comme tel en vertu d'une cause productive de propres quelle qu'elle soit, alors même qu'elle ne serait pas comprise dans l'énumération incomplète de l'art. 1402, comme l'échange ou le remploi. L'art. 1402 eût donc été rédigé d'une manière plus simple et plus correcte tout à la fois, si le législateur eût dit : « Tout bien est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé qu'il appartient en propre à l'un des époux ».

Dans le doute, la loi présume donc commun le bien dont la nature est contestée. Cette présomption se base sur ce que la communauté possède tous les biens, tant communs que propres, par l'intermédiaire de son chef qui les administre; en qualité de possesseur, elle est réputée propriétaire. L'époux, qui prétend qu'un bien lui est propre, devra donc en fournir la preuve. *Actori incumbit probatio*. Dans tous les cas d'ailleurs, la preuve devra être faite conformément aux règles du droit commun, qui s'appliquent par cela seul que le législateur n'y a pas dérogé.

§ II. *Du passif de la communauté et des actions qui en résultent contre la communauté.*

82. Dans le paragraphe précédent, le législateur s'est occupé de la composition active de chacun des trois patrimoines dont la commu-

nauté suppose l'existence ; il va s'occuper ici de leur composition passive.

Formulons au début, sauf à les justifier plus tard, quatre règles dont la connaissance est nécessaire pour l'intelligence de cette difficile matière.

Première règle. La communauté n'a pas d'autre passif que les dettes des époux mises par la loi à sa charge. Toute dette de l'un des époux dont la loi n'a pas chargé la communauté demeure propre à cet époux.

Deuxième règle. L'époux, du chef duquel une dette est tombée dans la communauté, peut toujours être poursuivi pour le paiement intégral de cette dette.

Les conventions matrimoniales, expresses ou tacites, que fait un débiteur, peuvent bien avoir pour résultat d'améliorer la condition de son créancier en lui donnant un débiteur de plus, la communauté : *unicuique licet, adjiciendo sibi debitorem, creditoris sui facere meliorem conditionem;* mais elles ne peuvent pas soustraire personnellement le débiteur à l'action de son créancier en lui substituant un nouveau débiteur, la communauté, ce qui empirerait peut-être la situation du créancier; *nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare.* En d'autres termes, par suite des conventions matrimoniales de son débiteur, un créancier gagnera quelquefois un nouveau débiteur, la communauté, mais il ne perdra pas l'ancien.

Troisième règle. En principe, la communauté supporte définitivement toutes les dettes que la loi fait figurer dans son passif ; exceptionnellement, il y a quelques-unes de ces dettes que la communauté n'est tenue de payer que sauf son recours contre l'époux du chef duquel elle en a été chargée.

Dans le premier cas, on dit que la communauté est tenue *sans récompense,* dans le deuxième, qu'elle est tenue *sauf récompense.* En d'autres termes, il y a des dettes qui sont dettes de la communauté d'une manière *absolue,* c'est-à-dire non seulement dans les rapports de la communauté avec le créancier, mais aussi dans les rapports de la communauté avec les époux, ou, ce qui est équivalent, des époux entre eux; car la communauté n'est pas autre chose que les époux communs en biens. Exemple : les dettes contractées pendant le mariage pour les besoins du ménage (art. 1409-5°). Il y a d'autres dettes, au contraire, qui ne sont dettes de la communauté que d'une manière *relative,* c'est-à-dire par rapport au créancier seulement, mais non par rapport aux époux dans leurs relations entre eux, comme par exemple la dette contractée avant le mariage pour l'acquisition d'un immeuble qui est devenu propre. A bien dire, il n'y a que les dettes de la première catégorie qui soient des dettes de communauté; ce sont les seules auxquelles Pothier donne ce nom. Les autres sont plutôt des dettes des époux, payables par la communauté sauf recours, que des dettes communes. Néanmoins, la loi fait figurer les unes et les autres dans l'énumération qu'elle donne des dettes composant le passif de la communauté.

Quatrième règle. Toute dette du mari est dette de la communauté, et réciproquement toute dette de la communauté est dette du mari.

Les créanciers du mari peuvent donc poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté, et réciproquement les créanciers de la communauté peuvent pour-

suivre leur paiement sur les biens du mari. Cela tient à ce que, le mari ayant sur les biens de la communauté des pouvoirs presque aussi étendus que ceux d'un propriétaire (art. 1421), les biens de la communauté sont, au moins tant que la communauté dure, réputés biens du mari, et sont censés ne former avec les biens propres de celui-ci qu'un seul et unique patrimoine soumis à l'autorité d'un même maître.

83. Cela posé, l'art. 1409 indique dans les termes suivants la composition passive de la communauté : « *La communauté se compose passivement, — 1° De toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage, ou dont se trouvent chargées les successions qui leur échoient durant le mariage, sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux ; — 2° Des dettes tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari pendant la communauté ou par la femme du consentement du mari, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu ; — 3° Des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux ; — 4° Des réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent point en communauté ; — 5° Des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants, et de toute autre charge du mariage* ».

Nous allons étudier successivement les divers termes de cette énumération dans l'ordre même de la loi. Toutefois, les dettes des successions échues aux époux durant le mariage formant une matière toute spéciale régie par les art. 1411 à 1418, nous la mettrons en réserve pour en traiter dans un appendice.

I. *Dettes mobilières des époux antérieures à la célébration du mariage.*

84. La loi, qui fait tomber dans la communauté tout le mobilier appartenant aux époux lors du mariage, y fait tomber aussi, comme contre-partie, toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés à cette même époque, sans aucune exception, même les dettes hypothécaires, même les dettes contractées dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage. Cette règle a été empruntée à notre ancien droit où elle avait été admise en vertu de ce principe, au sujet duquel il y aurait beaucoup à dire, que les dettes mobilières d'une personne sont une charge de l'universalité de ses meubles. « Qui épouse le corps épouse les dettes, disait Loysel ».

De là résulte une conséquence qui vaut la peine d'être signalée ; si l'un des époux se trouve débiteur de l'autre au moment de la célébration du mariage, la dette s'éteint par confusion ; car elle tombe activement et passivement dans la communauté, qui se trouve désormais investie de la double qualité de créancière et de débitrice.

85. En mettant à la charge de la communauté les dettes mobilières des époux, l'art. 1409 al. 1 en exclut virtuellement leurs dettes

immobilières. Nous savons qu'une dette est mobilière ou immobilière, suivant que la chose due est mobilière ou immobilière. C'est donc l'objet d'une dette qui détermine sa nature. Cpr. t. I, n. 1232.

Les dettes immobilières n'étaient pas rares dans notre ancien droit. On sait que la plupart des rentes étaient alors immobilières, et, d'autre part, la vente d'un immeuble n'en transférait pas la propriété de plein droit, mais faisait naître seulement l'obligation de la transférer, donc une dette immobilière. Ces deux sources de dettes immobilières ont été taries par le code civil, qui a mobilisé les rentes (art. 529) et donné au seul consentement des parties la puissance de transférer la propriété indépendamment de toute tradition (art. 1138 et 1583). Cpr. t. II, n. 871. Il en est résulté que les dettes immobilières sont devenues presque une abstraction, à tel point qu'on éprouve quelque embarras pour en donner des exemples. On peut cependant citer le cas de la vente ou du legs d'un immeuble indéterminé, par exemple dix hectares de terre à prendre dans tel domaine. En dépit des art. 1138 et 1014, il est bien impossible qu'une pareille vente ou un pareil legs transfère la propriété, ce résultat ne pouvant se produire, par la force même des choses, que lorsqu'il s'agit d'un immeuble déterminé. Nous ne verrons donc naître ici qu'une obligation de transférer la propriété, donc une dette immobilière. Il en serait de même, si les parties sont convenues, dans une vente ayant pour objet un immeuble déterminé, que la propriété ne sera transférée qu'à partir d'une certaine époque; jusqu'à l'arrivée du terme fixé, l'acquéreur n'a qu'un droit de créance immobilière. Enfin on peut citer encore comme donnant naissance à une dette immobilière la promesse de constituer une hypothèque ou une servitude sur un immeuble, dans les cas au moins où cette promesse ne fait pas naître par elle-même et par elle seule le droit qu'elle a pour objet.

Après avoir dit que les dettes mobilières des époux antérieures au mariage tombent à la charge de la communauté, la loi ajoute : *sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux*. Par *dettes relatives aux immeubles propres*... entendez celles qui ont été contractées pour l'acquisition, le recouvrement, la conservation ou l'amélioration d'un propre, et qui profitent ainsi exclusivement à l'époux auquel ce propre appartient (*infra* n. 146). Ainsi le mari a acheté avant le mariage un immeuble, dont il doit encore le prix lors de la célébration. Cette dette, étant mobilière, puisqu'elle a pour objet une somme d'argent, tombera dans la communauté, bien qu'elle ait été contractée pour l'acquisition d'un immeuble qui reste propre à l'époux (art. 1404 al. 1). Seulement, comme il ne serait pas juste que la communauté supportât définitive-

ment la dette du prix d'un propre, elle aura droit à récompense contre l'époux acquéreur, de sorte qu'elle fera seulement une avance de fonds. En sens inverse, la créance du prix d'un immeuble vendu par l'un des époux antérieurement au mariage tombe dans la communauté, mais sans récompense au profit de l'époux. On n'a plus à craindre ici les fraudes que la loi a voulu prévenir en décidant que la dette du prix d'un propre acheté avant le mariage ne tombe dans la communauté que sauf récompense.

Si une dette antérieure au mariage est à la fois mobilière et immobilière, elle tombera dans la communauté pour la partie mobilière et en sera exclue pour la partie immobilière.

S'agit-il d'une dette *alternative* portant sur un meuble ou sur un immeuble? c'est au paiement qu'il faudra avoir égard pour déterminer la nature mobilière ou immobilière de la dette. Il n'en serait pas de même d'une dette *facultative :* sa nature se détermine d'après celle de la chose qui est *in obligatione,* sans qu'il y ait lieu de considérer celle qui est *in facultate solutionis.* Voyez ce qui a été dit à ce sujet t. II, n. 963, au sujet des créances alternatives et des créances facultatives. La nature de la dette se détermine de la même manière que celle de la créance, ou plutôt la créance et la dette sont les deux faces d'un seul et même droit.

* Le titre exécutoire contre la femme l'est aussi contre le mari et la communauté; car la loi fait tomber les dettes des époux dans la communauté telles qu'elles se comportent. Il ne serait même pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, que le créancier fît au mari, préalablement à l'exécution, une signification dans les termes de l'art. 877.

86. La règle, qui met à la charge de la communauté les dettes mobilières des époux antérieures au mariage, souffre, en ce qui concerne la femme, une importante restriction résultant de l'art. 1410. Pour qu'une dette de la femme tombe à la charge de la communauté, il ne suffit pas qu'elle soit ou paraisse être antérieure au mariage; il faut en outre qu'elle soit constatée par un acte ayant date certaine antérieure au mariage. Autrement rien ne serait plus facile à la femme que d'éluder, au moyen d'une antidate, la règle qui ne lui permet pas d'obliger la communauté pendant le mariage sans l'autorisation de son mari. La femme par exemple emprunterait de l'argent sans autorisation, et elle souscrirait au profit du prêteur une reconnaissance portant une date antérieure au mariage. Pour déjouer cette fraude si facile à commettre, la loi, assimilant avec raison la communauté à un tiers, lui permet de refuser le paiement de toute dette de la femme n'ayant pas date certaine antérieure au mariage. Une fraude du même genre n'était pas à craindre de la part du mari, la communauté étant tenue des dettes qu'il contracte pendant le mariage, aussi bien que de celles dont il était grevé auparavant (art. 1409 al. 2); aussi la disposition de l'art. 1410 est-elle spéciale à la femme. Elle sera facilement comprise après les explications dans lesquelles nous venons d'entrer : *La communauté n'est tenue des dettes mobilières*

» *contractées avant le mariage par la femme, qu'autant qu'elles résultent* » *d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la* » *même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le* » *décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte. — Le créancier de la* » *femme, en vertu d'un acte n'ayant pas de date certaine avant le* » *mariage, ne peut en poursuivre contre elle le paiement que sur la nue* » *propriété de ses immeubles personnels. — Le mari qui prétendrait* » *avoir payé pour sa femme une dette de cette nature n'en peut deman-* » *der la récompense ni à sa femme ni à ses héritiers* ».

Les mots « d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la » même époque une date certaine » doivent être entendus comme signifiant : « d'un acte authentique antérieur au mariage, ou *d'un acte sous seing privé* ayant reçu avant la même époque une date certaine ». Pour trouver ce sens à la disposition de la loi, il suffit de couper la phrase ainsi : « d'un acte — authentique antérieur au mariage — ou ayant reçu avant la même époque une date certaine ».

Remarquons en outre que, dans le membre de phrase qui suit, la loi ne mentionne que deux des causes, qui, d'après l'art. 1328, font acquérir date certaine aux actes sous seing privé; la troisième, qui consiste dans la relation de la substance de l'acte sous seing privé dans un acte dressé par un officier public, n'y est pas mentionnée; mais tout le monde admet que c'est là un oubli qui ne doit pas tirer à conséquence. En un mot, il faut et il suffit que l'acte sous seing privé, qui constate l'obligation de la femme, ait acquis date certaine antérieure au mariage par l'un des moyens qu'indique l'art. 1328. C'est le droit commun, et il n'y avait aucun motif d'y déroger.

87. Quand la loi exige que les dettes de la femme, pour tomber à la charge de la communauté, soient constatées par un acte ayant acquis date certaine antérieurement au mariage, elle suppose bien évidemment qu'il s'agit de dettes qui, d'après les règles du droit commun, doivent être constatées par un acte : la loi ne pouvait exiger un acte ayant date certaine que dans les cas où un acte est nécessaire. La disposition de l'art. 1410 ne s'appliquerait donc pas aux dettes de la femme antérieures au mariage, dont l'existence peut, d'après les règles du droit commun, être établie indépendamment de tout acte écrit. Il en serait ainsi :

a. Des dettes qui n'excèdent pas 150 fr. (art. 1341). Cour de justice civile de Genève, 6 juin 1887, Sir., 87. 4. 27;

b. Des dettes que la femme aurait contractées avant le mariage en qualité de commerçante (C. co. art. 109 *in fine*);

c. Des dettes nées d'une source autre qu'un contrat, c'est-à-dire d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi, et généralement de toutes les dettes dont parle l'art. 1348.

Dans tous ces cas, l'antériorité au mariage pourra être prouvée par les mêmes moyens que l'existence de la dette. Ainsi un créancier de la femme, auquel il est dû 150 fr. ou moins, pourra prouver par témoins, à l'encontre de la communauté, d'une part que la femme lui doit cette somme, et d'autre part qu'elle a contracté cette dette antérieurement au mariage.

88. Le paiement des dettes de la femme, antérieures au mariage et réputées telles à l'égard de la communauté, peut être poursuivi, non seulement sur tous les biens de la communauté, mais aussi sur les biens personnels du mari; car toute dette de la communauté est dette du mari (art. 1419). L'art. 180 de la coutume de Blois exprimait

cette règle en termes saisissants : « Homme qui prend femme par mariage la prend *cum honore et onere,* et par ce moyen est tenu de payer les dettes personnelles dont il la trouve tenue et pour icelles peut être poursuivi ».

La situation des créanciers de la femme, pourvus d'un titre ayant date certaine antérieure au mariage, est donc particulièrement favorable. Ils ont pour gage les biens personnels de la femme, leur débitrice, les biens de la communauté et ceux du mari.

89. Recherchons maintenant quelle est la situation des créanciers de la femme, porteurs d'un acte sous seing privé ayant une date antérieure au mariage, mais une date non certaine ou qui ne l'est devenue qu'après le mariage. La femme pourra-t-elle se prévaloir à leur égard du défaut de date certaine, pour soutenir que la dette doit être considérée comme contractée pendant le mariage et que par suite elle est nulle pour défaut d'autorisation? Assurément non. La femme n'est pas un tiers, elle est partie à l'acte qui constate son obligation. Or ce sont seulement les tiers qui peuvent contester la sincérité de la date d'un acte sous seing privé ; les parties n'ont pas ce droit. La date de l'acte, qui constate l'obligation de la femme, fait donc foi à son égard jusqu'à preuve contraire. En conséquence, sa dette est réputée antérieure au mariage, au moins dans ses rapports avec son créancier, et celui-ci par suite peut la poursuivre pour obtenir son paiement, mais à la condition de respecter les droits de la communauté à laquelle la dette n'est pas opposable. Il ne pourra donc s'attaquer ni aux biens qui sont tombés dans la communauté du chef de sa débitrice ni à l'usufruit des biens propres de celle-ci ; car cet usufruit appartient également à la communauté. Il reste la nue propriété des biens personnels de la femme ; elle sera l'unique gage des créanciers, aux termes de l'art. 1410.

Par où l'on voit qu'en fait une femme mariée sous le régime de la communauté peut arriver à engager pendant le mariage la nue propriété de ses biens personnels sans l'autorisation de son mari : il lui suffit pour cela d'antidater l'acte sous seing privé constatant l'obligation qu'elle contracte. Mais c'est là une fraude à la loi, dont la femme pourrait démontrer l'existence par tous les moyens possibles ; et, cette preuve une fois faite, l'obligation devrait être annulée pour défaut d'autorisation. Que les créanciers ne s'y fient donc pas !

90. Un créancier de la femme, dont le titre porte une date antérieure au mariage, mais une date non certaine, vient demander son paiement au mari en sa qualité de chef de la communauté ; celui-ci ne se prévaut pas, comme il en aurait le droit, du défaut de date certaine, et il paie. La loi considère ce paiement comme équivalant à une reconnaissance tacite, faite par le mari, de la sincérité de la dette, c'est-à-dire de son antériorité au mariage. La situation sera donc

désormais la même que si la dette, payée par le mari, se trouvait constatée par un acte ayant date certaine antérieure au mariage ; en d'autres termes, le vice résultant du défaut de date certaine est purgé. La loi en tire cette conséquence, que le mari, ou plutôt la communauté, avec les deniers de laquelle a été fait le paiement, ne pourra pas demander la récompense du montant de la dette à la femme ou à ses héritiers (art. 1410 *in fine*).

* **91.** Et toutefois le mari, qui a payé une dette de sa femme sans opposer l'exception tirée de l'art. 1410, aurait le droit de réclamer une récompense dans deux cas :

1° Si la dette est de telle nature qu'elle ne serait tombée dans la communauté qu'à charge de récompense, en supposant son antériorité au mariage légalement établie, s'il s'agit par exemple d'une dette relative à l'amélioration d'un propre de la femme. Il est clair en effet que le paiement fait par le mari ne peut que couvrir le vice résultant du défaut de certitude de la date, et que par suite il peut tout au plus replacer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si la dette eût été constatée par un acte ayant date certaine antérieure au mariage. Tout ce que la loi veut dire, c'est que le paiement effectué par le mari ne fait pas naître à son profit une récompense, à laquelle il n'aurait pas eu droit si la dette eût été constatée par un acte ayant date certaine antérieure au mariage ; mais elle n'entend certainement pas le priver de la récompense à laquelle il aurait eu droit dans cette hypothèse.

2° Si le mari en payant a fait des protestations et des réserves, par exemple s'il a déclaré qu'il ne payait que pour épargner à sa femme l'expropriation de ses immeubles personnels et qu'il entendait se réserver contre elle un recours à raison dudit paiement. Comment voir en effet dans le paiement fait par le mari une reconnaissance tacite de la sincérité de la dette, lorsqu'il proteste à l'avance contre cette interprétation de sa conduite ?

En somme, l'art. 1410 *in fine* aurait dû être ainsi rédigé : « Le paiement d'une dette de cette nature, fait par le mari sans protestations ni réserves, purge le vice résultant du défaut de date certaine ».

* **92.** Quand la femme s'est réservé, par une clause du contrat de mariage, le droit de toucher annuellement sur ses seules quittances une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels, ces revenus peuvent-ils être saisis par un créancier de la femme porteur d'un acte ayant date non certaine antérieure au mariage ? La cour de cassation a décidé la négative. Et en effet la clause dont il s'agit n'empêche pas que les revenus, dont la femme s'est réservé la disposition, appartiennent à la communauté ; donc le créancier ne peut pas les saisir. D'ailleurs, la saisie de ces revenus aurait pour résultat de faire retomber à la charge de la communauté l'entretien de la femme, auquel ils avaient pour but de pourvoir, et la saisie rejaillirait ainsi, au moins indirectement, sur la communauté.

II. *Dettes contractées pendant le mariage par le mari ou par la femme autorisée du mari.*

93. Ici la loi ne distingue plus, comme elle le fait en ce qui concerne les dettes antérieures au mariage, entre les dettes mobilières et les dettes immobilières ; les unes et les autres sont donc gouvernées par les mêmes règles. Nous parlerons successivement des dettes du mari et de celles de la femme.

A. *Dettes du mari.*

94. Toute dette du mari, qui prend naissance pendant le cours du mariage, tombe à la charge de la communauté, non seulement celles qu'il *contracte,* comme le dit l'art. 1409-2°, mais aussi celles qui naissent à sa charge par suite d'un quasi-contrat, ou même par suite d'un délit (art. 1424) et à plus forte raison d'un quasi-délit ou des dispositions de la loi. Et il n'est nullement nécessaire que la dette profite à la communauté; la communauté serait tenue même des dettes « de mauvais ménage », selon l'expression de Coquille. *Maritus potest perdere, dissipare, abuti,* disaient nos anciens.

Parmi les dettes qui prennent naissance du chef du mari pendant le mariage, il y en a qui ne tombent dans la communauté que sauf récompense, en vertu de la règle que l'un des époux ne peut pas s'enrichir aux dépens de la communauté (art. 1437) : ce sont celles qui procurent au mari un profit personnel. Au premier abord, il peut paraître singulier que le mari, qui a le droit de dissiper les biens de la communauté, ne puisse pas s'enrichir à ses dépens. Cela s'explique cependant. La loi a pu, sans grand danger, permettre au mari de ruiner la communauté (et par suite sa femme dans une certaine mesure) en se ruinant lui-même : il n'y avait pas à craindre que le mari abusât de cette faculté, retenu qu'il sera par le frein de son propre intérêt. Il eût été dangereux, au contraire, de lui permettre de ruiner la communauté en s'enrichissant à ses dépens; la loi devait redouter les calculs de l'égoïsme et les déjouer.

B. *Dettes de la femme.*

95. En principe, les dettes contractées par la femme pendant le cours du mariage ne tombent pas à la charge de la communauté. Règle inverse de celle qui gouverne les dettes du mari. Pourquoi cette différence ? Le mari est propriétaire des biens de la communauté, qui se confondent avec ses biens propres; il est donc tout simple que les obligations par lui contractées lient la communauté, et que par suite elles soient exécutoires sur les biens de la communauté; car un débiteur en s'obligeant oblige tous ses biens (art. 2092). Mais nul en s'obligeant ne peut obliger le bien d'autrui, et c'est précisément pour cela que les obligations contractées par la femme ne sont pas exécutoires sur les biens de la communauté. Comme le dit fort bien M. Colmet de Santerre, il y a là autre chose qu'une question d'incapacité de la femme, c'est une question de propriété. Et la preuve en est que l'autorisation de la justice, bien qu'elle rende la femme capable de s'obliger, ne lui donne pas en principe le pouvoir d'engager les biens de la communauté (art. 1426).

Toutefois nous forçons un peu la note, en disant que le mari est propriétaire des biens de la communauté et que la femme ne l'est pas. Il serait plus vrai de dire que les deux époux sont copropriétaires, mais que le mari seul a, pendant la durée de l'association conjugale, l'exercice du droit de propriété et par suite le droit d'aliéner les biens

communs et celui de les obliger. On s'explique ainsi que la simple autorisation du mari suffise pour rendre exécutoires sur les biens de la communauté les obligations contractées par la femme; car cette autorisation lève l'obstacle, qui s'opposait à ce que la femme exerçât son droit de copropriété, à ce qu'elle obligeât la communauté en s'obligeant; en définitive, les biens communs se trouveront obligés en vertu du concours des deux associés, ce qui est essentiellement juridique. Et comme les biens du mari, pendant toute la durée de l'association conjugale, se confondent avec ceux de la communauté, il est tout simple que les créanciers, qui ont traité avec la femme autorisée de son mari, puissent poursuivre aussi les biens personnels du mari. C'est ce que dit l'art. 1419, ainsi conçu : *Les créanciers peuvent poursuivre le » paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement » du mari, tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du » mari ou de la femme; sauf la récompense due à la communauté, ou » l'indemnité due au mari* ».

Résulte-t-il de ce texte, comme on l'enseigne très généralement, que le mari soit personnellement obligé par les contrats que sa femme passe avec son autorisation ? A notre avis, l'art. 1419 ne dit rien de semblable. Il est de principe que celui qui se borne à autoriser ne s'oblige pas, *qui auctor est non se obligat;* et nous ne connaissons pas de texte, ni l'art. 1419, ni aucun autre, qui fasse exception à cette règle en ce qui concerne le mari. Tout ce qui résulte de l'art. 1419, c'est que le mari peut être poursuivi pour l'exécution des obligations contractées par sa femme avec son autorisation; mais cela ne prouve pas que le mari devienne débiteur, car on peut quelquefois être poursuivi pour une dette dont on n'est pas débiteur personnel. Nous l'avons dit, en s'obligeant avec l'autorisation du mari, la femme oblige la communauté, et, comme les biens de la communauté se confondent avec ceux du mari pendant toute la durée de l'association conjugale, la loi déclare que le créancier, qui a action sur les biens de la communauté, a par cela même action sur les biens du mari. Voilà tout ce que signifient l'art. 1419 et la règle *Toute dette de la communauté est dette du mari,* qui n'en est qu'une reproduction abrégée.

Montrons l'intérêt de la question. Ceux qui admettent que le mari devient débiteur personnel des dettes que sa femme contracte avec son autorisation, enseignent qu'il peut être poursuivi pour le total de ces dettes, même après la dissolution de la communauté. Dans l'opinion contraire, on décide que le mari, après la dissolution de la communauté, ne peut être poursuivi que comme commun en biens, par conséquent pour la moitié, au cas d'acceptation de la femme; car, la communauté une fois dissoute, la confusion entre les biens du mari et ceux de la communauté cesse, et par suite la cause, qui autorisait les créanciers à poursuivre le mari pour le tout, n'existe plus.

Encore un mot. Dans l'opinion commune, d'après laquelle le mari est tenu personnellement des dettes contractées par sa femme avec son autorisation, on ne fait aucune différence entre l'obligation contractée par le mari et la femme solidairement et l'obligation contractée par la femme avec l'autorisation du mari, ce qui est au moins singulier. A notre avis, pour savoir si le mari est ou non personnellement obligé, il faut rechercher s'il a ou non parlé au contrat; il n'y a pas d'autre criterium certain.

96. Les quasi-contrats étant en général régis par les mêmes règles que les contrats, il y a lieu de décider que les engagements, résultant pour la femme d'un quasi-contrat, ne grèvent la communauté qu'autant qu'ils ont été autorisés par le mari : ce qui peut se concevoir quand la femme joue le rôle actif dans le quasi-contrat, par exemple si elle gère l'affaire d'autrui.

En aucun cas, la communauté ne peut être obligée par les délits ou les quasi-délits de la femme (arg. art. 1424). Il n'y a pas lieu de distinguer ici, comme pour les contrats et les quasi-contrats, si la femme a été autorisée ou non par son mari ; car un mari ne peut pas valablement autoriser sa femme à accomplir un acte illicite.

On le voit, la règle, que la femme ne peut pas obliger la communauté sans l'autorisation de son mari, est générale ; elle s'applique à toutes les obligations qui naissent à la charge de la femme, quelle que soit leur source.

97. Après avoir parlé des obligations que la femme contracte avec l'autorisation maritale, il faut nous occuper de celles qu'elle contracte en qualité de mandataire de son mari. Conformément à la règle *Qui mandat ipse fecisse videtur* (art. 1998), la femme oblige alors son mari, et par suite la communauté, sans s'obliger elle-même personnellement. « *Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procu-* » *ration générale ou spéciale du mari, est à la charge de la communauté;* » *et le créancier n'en peut poursuivre le paiement ni contre la femme ni* » *sur ses biens personnels* », dit l'art. 1420. Les créanciers qui traitent avec la femme agissant en vertu d'un mandat de son mari, sont donc moins favorisés que ceux qui traitent avec la femme autorisée de son mari : ces derniers ont en effet pour gage les trois patrimoines dont la communauté suppose l'existence (art. 1419), tandis que les premiers n'ont pour gage que le patrimoine du mari et celui de la communauté.

97 *bis.* Conformément aux règles du droit commun, un mandat tacite habiliterait la femme à contracter pour le compte du mari, tout aussi bien qu'un mandat exprès. La jurisprudence et les auteurs admettent, comme on le faisait déjà dans notre ancien droit, l'existence d'un pareil mandat au profit de la femme pour toutes les dépenses du ménage, telles qu'achat de provisions de bouche, de linge, d'étoffes pour les vêtements..., tous détails dont le mari n'a pas le loisir de s'occuper et qui rentrent naturellement dans le département de la femme. Le mari et la communauté seraient donc tenus de l'exécution des obligations que la femme contracte dans cette sphère, sans que la femme en fût elle-même tenue sur ses biens personnels.

Un mandataire ne doit pas dépasser les limites de son mandat. La femme les dépasse, lorsqu'elle fait des dépenses excessives, des dépenses en disproportion avec

les ressources de son mari, et elle n'oblige plus alors ni son mari ni la communauté, car le mandataire ne représente plus le mandant, lorsqu'il agit en dehors des limites de son mandat. *Qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur.* La femme qui excède son mandat ne s'oblige même pas personnellement; car il faudrait pour cela qu'elle fût valablement autorisée, et elle ne l'est pas. Ceux qui ont traité avec elle n'ont donc action ni contre elle ni contre le mari. Par où l'on voit que les fournisseurs doivent avoir soin de n'accorder à une femme mariée qu'un crédit raisonnable eu égard à la situation de son mari. Et comme l'appréciation de cette situation peut être délicate, les tribunaux devront tenir grand compte en pareil cas de la bonne foi des fournisseurs.

Le mandat tacite est susceptible d'être révoqué comme le mandat exprès. Cette révocation peut résulter d'un avertissement individuel, adressé par le mari aux fournisseurs, ou même d'un avertissement collectif, donné, comme on le voit quelquefois, par la voie des journaux. Mais dans ce dernier cas les fournisseurs, qui ne sont pas obligés de lire les journaux, même celui auquel ils sont abonnés, pourraient protester de leur ignorance et invoquer l'art. 2005, qui accorde aux tiers une action contre le mandant, lorsque, la révocation ne leur ayant pas été notifiée, ils ont traité de bonne foi avec le mandataire.

* Le mandat tacite, donné par le mari à sa femme pour les dépenses du ménage, supposant la vie commune entre les époux, ce mandat serait considéré comme implicitement révoqué, si les époux se séparaient volontairement. Mais le mari ne cesserait pas pour cela d'être tenu de pourvoir à la nourriture et à l'entretien de sa femme. Si donc il ne lui donnait pas une pension suffisante pour vivre, celle-ci aurait action contre lui pour l'obtenir. Les fournisseurs, qui auraient fait crédit à la femme, pourraient agir de son chef contre le mari par l'action indirecte de l'art. 1166; ils pourraient même agir directement contre le mari par l'action *de in rem verso,* car ils ont fait l'affaire de celui-ci en pourvoyant à une obligation dont il était tenu.

97 *ter.* Le mandat tacite dont nous venons de parler en entraîne un autre pour la femme, celui de placer les économies qu'elle réalise sur les ressources dont son mari lui laisse la disposition pour les besoins du ménage, et de disposer des fonds dont elle a ainsi opéré le placement.

A notre avis, il ne faut voir qu'une consécration particulière de ce second mandat tacite dans l'art. 6 al. final, de la loi du 9 avril 1881 sur la caisse d'épargne postale. Ce texte, applicable aussi aux autres caisses d'épargne (art. 21 al. 1, de la loi précitée) est ainsi conçu : « Les femmes mariées. quel que soit le régime de leur contrat » de mariage, seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leurs » maris ; elles pourront retirer sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets » ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leurs maris ». C'est bien à tort, croyons-nous, que quelques-uns ont voulu voir dans cette disposition une atteinte aux droits qui appartiennent au mari comme chef (art. 1421). Le législateur de 1881 a entendu respecter complètement sur ce point l'économie du code civil, ainsi que l'a déclaré formellement le rapporteur de la loi au sénat, M. Le Bastard, et que cela résulte d'ailleurs du texte même de la loi, qui rend hommage à l'omnipotence du mari en lui accordant le droit d'opposition. L'opposition est le moyen pratique, mis par la loi à la disposition du mari, pour révoquer le mandat tacite qu'il est censé avoir donné à sa femme. Elle a pour résultat de replacer la femme dans la situation où elle se trouverait en l'absence de ce mandat; par conséquent, s'il y a communauté entre les époux, ce qui arrive presque toujours lorsqu'ils font des placements à la caisse d'épargne, la femme ne pourra plus retirer les sommes inscrites sur son livret; le mari seul aura ce droit. Il va sans dire que le mari pourrait aussi, sans opposition

préalable, toucher en tout ou en partie les sommes placées par sa femme : c'est une autre manière de révoquer le mandat tacite dont celle-ci est investie. En somme, la loi nouvelle permet à la femme, sur le fondement d'un mandat tacite de son mari, dont elle la suppose investie, de déposer des fonds à la caisse d'épargne et de les retirer sans autorisation. Le mari peut révoquer ce mandat, et alors il reprend à l'exclusion de sa femme l'exercice des pouvoirs qu'il lui avait délégués. La révocation peut être expresse ou tacite : expresse lorsque le mari fait opposition ; tacite lorsqu'il touche sans opposition préalable les sommes inscrites sur le livret. Tout cela résultait, à vrai dire, implicitement des dispositions du code civil ; aussi la pratique s'était formée dans ce sens, et la loi de 1881 n'a guère fait que consacrer ses errements.

On peut rattacher au même ordre d'idées la disposition de l'art. 13 al. 4 de la loi du 29 juillet 1886, *sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse,* ainsi conçu : « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, » sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari ». Il semble que ce soit la même main qui ait rédigé ce texte et le précédent. On y trouve les mêmes imperfections soit quant à la forme, soit quant au fond. Quant à la forme. Il est assurément peu correct de dire : *quel que soit le régime de leur contrat de mariage.* Quant au fond, lorsque le rédacteur parle d'*assistance* au lieu d'*autorisation.* L'alinéa suivant ajoute : « Le versement fait pendant le mariage par l'un des deux » conjoints profite séparément à chacun d'eux pour moitié ». Le législateur a dérogé ici, sans s'en douter peut-être, à tous les principes de la matière. Les époux sont-ils mariés sous le régime de la communauté ? D'après le droit commun, les versements faits pendant le mariage devraient profiter à la communauté ; notre texte décide qu'ils profiteront à chaque époux personnellement pour la moitié ; ils engendrent un propre pour chaque époux et non un conquêt. Sont-ils mariés sous un régime autre que la communauté ? Le versement devrait profiter exclusivement à l'époux qui le fait ; il profitera d'après notre article à chaque époux pour la moitié. Toutefois le législateur revient au droit commun, si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, ou si, mariés sous quelque régime que ce soit, ils sont judiciairement séparés de biens ou de corps : alors le versement profite exclusivement à l'époux qui le fait (al. 7). Il y a encore deux autres cas dans lesquels l'un des conjoints est admis à faire des versements à son profit exclusif. Le premier est celui où le versement est opéré à une époque où le conjoint du déposant a atteint le maximum de rente, ou après que les versements faits dans l'année au profit exclusif de ce conjoint soit antérieurement au mariage, soit par donation ont atteint le maximum des versements annuels (al. 6). Le second est celui où, l'un des conjoints étant absent ou éloigné depuis plus d'une année, l'autre s'est fait autoriser par le juge de paix à faire des versements à son profit exclusif. La décision du juge de paix peut être frappée d'appel devant la chambre du conseil du tribunal de première instance (al. 8 et 9).

III. *Arrérages ou intérêts des rentes ou dettes passives personnelles aux époux.*

98. La communauté se compose passivement, dit l'art. 1409-3°, « des » arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui » sont personnelles aux deux époux ». La communauté est usufruitière de tous les biens des époux. A ce titre elle a droit à la jouissance active de leurs biens, c'est-à-dire aux fruits de ces biens. Comme contre-partie, elle doit supporter la jouissance passive, c'est-à-dire les arrérages ou intérêts des rentes ou dettes passives personnelles aux

époux. Un bon administrateur prend sur son revenu, et non sur son capital, pour payer les intérêts de ses dettes : cette charge doit donc incomber à la communauté, qui absorbe tous les revenus des époux.

Entendez ici par *rentes ou dettes passives personnelles aux époux,* non seulement les rentes ou dettes qui leur restent propres soit en vertu des dispositions de la loi, soit en vertu d'une clause du contrat de mariage, mais aussi celles qui ne tombent dans la communauté qu'à charge de récompense. Ainsi la communauté devrait supporter les intérêts de la dette du prix d'un immeuble propre acheté par l'un des époux avant le mariage, ou les arrérages de la rente passive qui représente le prix de cet immeuble, ou les intérêts de la dette hypothécaire qui grevait lors du mariage l'immeuble propre à l'un des époux, et dont il n'était pas débiteur personnel : toutes dettes ou rentes qui tombent à la charge de la communauté, mais sauf récompense, comme étant relatives à des immeubles propres (art. 1409-1°), et sont par suite personnelles *hoc sensu.*

IV. *Réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent pas en communauté.*

99. L'obligation de supporter les réparations usufructuaires des immeubles propres aux époux (art. 1409-4°) est, comme l'obligation de supporter les arrérages ou intérêts des dettes qui leur sont personnelles, une conséquence du droit d'usufruit universel appartenant à la communauté sur les biens des époux. Aussi faut-il décider que ce ne sont pas seulement les *réparations usufructuaires* que la communauté doit supporter, mais, d'une manière générale, toutes les charges de l'usufruit, telles que l'obligation de payer les contributions (art. 608) et celle de supporter les frais des procès concernant la jouissance (art. 613).

Les réparations usufructuaires sont les réparations d'entretien (v. art. 605 et 606). Les grosses réparations, dont les propres des époux pourraient avoir besoin, ne sont pas en principe à la charge de la communauté, qui aurait droit à récompense si elle les avait fait exécuter à ses frais. Il faut excepter toutefois le cas où, s'agissant d'un propre de la femme, les grosses réparations seraient devenues nécessaires par le défaut de réparations d'entretien ; on appliquerait alors l'art. 605 al. 2. Le mari est en faute de n'avoir pas fait à temps les réparations d'entretien (art. 1428), et les conséquences de cette faute doivent retomber sur la communauté qui est tenue de toutes les dettes nées du chef du mari (v. art. 1421). Il en serait autrement, si les grosses réparations nécessitées par le défaut de réparations d'entretien, concernaient un propre du mari. Seul il doit supporter les conséquences de la faute d'administration, qu'il a commise en négligeant de faire en temps utile des réparations d'entretien sur ses propres. On ne comprendrait pas que cette faute pût le rendre créancier d'une indemnité.

V. *Charges du mariage.*

100. « La communauté se compose passivement..... 5° Des ali- » ments des époux, de l'éducation et entretien des enfants, et de toute » autre charge du mariage », dit l'art. 1409 *in fine*. Ce sont là des dettes naturelles de la communauté.

Les enfants dont parle ici la loi sont les enfants du mariage. Les frais de l'éducation et de l'entretien des enfants d'un autre lit de l'un des époux tomberaient bien aussi à la charge de la communauté, mais en vertu de l'art 1409-1°, comme dettes mobilières dont l'auteur de ces enfants était grevé lors du mariage. Même solution pour les frais de l'éducation et de l'entretien des enfants naturels de l'un des époux, procréés antérieurement au mariage, pourvu toutefois qu'ils aient été reconnus avant le mariage ; car, s'ils avaient été reconnus pendant, on ne pourrait charger la communauté de leur entretien et de leur éducation sans violer l'art. 337, qui s'oppose à ce que la reconnaissance faite pendant le mariage nuise au conjoint.

Bien entendu, la communauté n'est obligée de supporter les frais de l'éducation et de l'entretien des enfants d'un autre lit ou des enfants naturels de l'un des conjoints qu'autant que ce conjoint en est lui-même tenu. Si donc les enfants dont il s'agit avaient des biens personnels, d'une valeur suffisante pour subvenir à leurs besoins, la communauté ne leur devrait aucun subside. A moins cependant que l'auteur des enfants n'eût la jouissance légale de leurs biens ; cas alors la communauté, profitant de cette jouissance, supporterait les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation qui en sont une charge (art. 385-2°).

101. Pour compléter l'énumération que donne l'art. 1409 des différentes charges qui constituent le passif de la communauté, il faut y ajouter : les frais de scellés, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage (art. 1482). Les frais de scellés, d'inventaire et de liquidation des récompenses dues à la femme resteraient à la charge de la communauté, même en cas de renonciation de la femme à la communauté. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens.

Appendice. — Dettes des successions et des donations échues aux époux pendant le mariage.

I. *Dettes des successions.*

102. Cette difficile matière est régie par les art. 1411 à 1417. Le législateur l'a déjà ébauchée dans l'art. 1409-1°, mais en termes fort inexacts : « La communauté, dit la loi, se compose passivement, — 1° » De toutes les dettes *mobilières*... dont se trouvent chargées les suc- » cessions qui échoient aux époux durant le mariage ». Cela donne à entendre que la communauté n'est tenue en aucun cas des dettes immobilières qui peuvent grever lesdites successions, et qu'elle est chargée pour le tout des dettes mobilières. Or cette double proposition serait inexacte. D'abord il résulte des art. 1411 et s. qu'il n'y a pas lieu de distinguer ici les dettes mobilières des dettes immobilières : les mêmes règles s'appliquent aux unes et aux autres ; puis il y a des cas dans lesquels ces diverses dettes ne tombent à la charge de la communauté que pour partie, et d'autres où elles n'y tombent pas du tout, nous le démontrerons tout à l'heure.

Les règles, que nous allons étudier et qui sont écrites, nous l'avons déjà dit, dans les art. 1411 à 1417, ne s'appliquent qu'aux successions échues aux époux *pendant* le mariage. Quant à celles qui leur étaient échues *avant*, leur passif figure parmi les dettes présentes des époux, et reste soumis à la règle écrite dans l'art. 1409-1°. Les dettes mobilières de ces dernières successions tombent donc pour le tout à la charge de la communauté et les dettes immobilières en sont exclues.

103. Le législateur avait deux questions à résoudre relativement aux dettes des successions échues aux époux pendant le cours du mariage : 1° Qui supportera définitivement ces dettes? Sera-ce la communauté, l'époux héritier, ou l'une et l'autre tout à la fois? 2° A qui les créanciers de la succession pourront-ils s'adresser pour obtenir le paiement de ce qui leur est dû? à quels biens ces créanciers pourront-ils s'attaquer? La première question est une question de *contribution aux dettes :* il s'agit de déterminer comment se répartiront en définitive les dettes de la succession entre l'époux héritier et la communauté. La deuxième est une question d'*obligation aux dettes :* il s'agit de régler les rapports des époux et de la communauté à l'égard des créanciers de la succession, de déterminer la mesure dans laquelle les époux et la communauté seront tenus de répondre aux poursuites de ces créanciers.

A. *Contribution aux dettes.*

104. Les règles de la contribution aux dettes sont fort simples. Le passif (mobilier ou immobilier) des successions échues aux époux pendant le mariage se répartit de la même manière et dans la même proportion que l'actif. L'actif de la succession reste-t-il tout entier propre à l'époux héritier? le passif demeurera définitivement à sa charge. L'actif tombe-t-il tout entier dans la communauté? la communauté supportera définitivement tout le passif. Enfin, si une partie de l'actif de la succession, un quart par exemple, demeure propre à l'époux héritier, et que le surplus, soit les trois quarts, tombe dans la communauté, le passif se répartira dans la même proportion. En définitive, chacun supporte une part des dettes proportionnelle à l'émolument qu'il recueille.

Toutes différentes sont les règles qui régissent les dettes des époux antérieures au mariage. Elles se résument dans cette formule : « Là où va l'actif mobilier, là va le passif mobilier; là où va l'actif immobilier, là va le passif immobilier » : ce qui conduit à mettre toutes les dettes mobilières antérieures au mariage à la charge de la communauté, et à laisser toutes les dettes immobilières à la charge de l'époux débiteur (art. 1409-1°). L'apport passif, qu'un époux fait à la communauté, peut donc avoir une proportion toute différente de son apport actif. C'est ainsi que le futur époux, dont tout l'avoir consiste en immeubles et dont toutes les dettes sont mobilières, apportera tout son passif à la communauté sans lui donner aucune portion de son actif. Un pareil résultat, que les parties peuvent d'ailleurs conjurer

au moyen d'une stipulation spéciale, n'est pas à craindre relativement aux successions qui échoient aux époux pendant le mariage. La loi ne distingue plus ici entre les dettes mobilières et les dettes immobilières : elle les confond toutes en une même masse, et les répartit de la même manière que l'actif. C'est le principe de l'égalité proportionnelle, principe beaucoup plus équitable que celui qui régit les dettes antérieures au mariage.

105. Passons aux applications de notre règle. Il y a trois hypothèses à examiner, suivant que la succession est mobilière, immobilière ou mixte.

1° *Succession purement mobilière.* Quand la succession échue à l'un des époux pendant le mariage est entièrement mobilière, c'est-à-dire exclusivement composée de meubles, tout l'actif va dans la communauté. D'après notre principe, il en devra être de même du passif. C'est ce qué dit l'art. 1411 : « *Les dettes des successions purement mobi-* » *lières qui sont échues aux époux pendant le mariage, sont pour le tout* » *à la charge de la communauté* ».

2° *Succession purement immobilière.* — « *Les dettes d'une succession* » *purement immobilière qui échoit à l'un des époux pendant le mariage,* » *ne sont point à la charge de la communauté* », dit l'art. 1412 al. 1. L'actif d'une pareille succession demeurant tout entier propre à l'époux héritier (art. 1404 al. 1), il en devait être de même des dettes. La communauté supporte seulement les intérêts de ces dettes (art. 1409-3°) : ce qui est juste, puisqu'elle a la jouissance de tout l'actif de la succession.

Les successions purement immobilières sont fort rares. On peut cependant citer comme exemples : 1° le cas d'un ascendant reprenant, à titre de retour successoral, dans la succession de son descendant décédé sans postérité (art. 747), un ou plusieurs immeubles dont il lui a fait donation, sans recueillir en même temps la succession ordinaire du défunt, dont il est exclu par des héritiers plus proches ; 2° le cas où, le défunt ayant légué tous ses meubles, la succession déférée à l'héritier légitime ne comprend plus que les immeubles.

3° *Succession mixte.* L'actif d'une succession *mixte,* c'est-à-dire à la fois mobilière et immobilière, se divisant entre la communauté qui prend les meubles et l'époux héritier qui conserve les immeubles à titre de propres, le passif se divisera dans la même proportion. La communauté contribuera donc aux dettes proportionnellement à la valeur du mobilier, et l'époux héritier proportionnellement à celle des immeubles. Ainsi les biens de la succession valent 5 ; les meubles figurent dans cette masse pour 1, les immeubles pour 4. Eh bien ! la communauté contribuera aux dettes pour 1, et l'époux héritier pour 4 ; autrement dit, la communauté supportera un cinquième des dettes et l'époux héritier quatre cinquièmes. C'est ce que veut dire l'art. 1414 al. 1, ainsi conçu : « *Lorsque la succession échue à l'un des époux est en* » *partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée*

» *ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la* » *portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur* » *de ce mobilier comparée à celle des immeubles* ».

106. Maintenant, comment déterminera-t-on la valeur comparative des meubles et des immeubles, ou, comme le dit l'art. 1414 al. 1, la portion contributoire du mobilier et des immeubles dans les dettes? L'art. 1414 al. 2 répond : « *Cette portion contributoire se règle d'après* » *l'inventaire auquel le mari doit faire procéder, soit de son chef, si la* » *succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autori-* » *sant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue* » .

Pour permettre de déterminer la portion contributoire du mobilier et des immeubles dans les dettes, l'inventaire doit contenir, non seulement l'estimation des meubles, mais encore celle des immeubles. Si l'inventaire ne contenait pas l'estimation des immeubles, il faudrait y faire procéder par acte séparé.

La sanction du défaut d'inventaire est écrite dans l'art. 1415, ainsi conçu : « *A défaut d'inventaire, et dans tous les cas où ce défaut préju-* » *dicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dissolution de* » *la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire* » *preuve, tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et au* » *besoin par la commune renommée, de la consistance et valeur du mobi-* » *lier non inventorié. — Le mari n'est jamais recevable à faire cette* » *preuve* ».

Le défaut d'inventaire ne permet pas, la plupart du temps, d'établir d'une manière régulière la valeur du mobilier de la succession et par suite la portion contributoire de la communauté dans les dettes.

S'ensuit-il que l'époux héritier doive supporter définitivement toutes les dettes de la succession, la communauté se trouvant déchargée de sa portion contributoire?

Que ce résultat puisse se produire quand la succession est échue au mari, on le conçoit. C'est une punition sévère mais juste de sa négligence. Dans l'impossibilité où il se trouve par sa faute d'établir d'une manière régulière la portion contributoire de la communauté dans les dettes, il n'y a rien d'exorbitant à décharger celle-ci de toute contribution. Pour quelle part d'ailleurs la ferait-on contribuer? S'en tiendrait-on à la déclaration du mari? Ce serait manifestement impossible.

Mais la même décision ne pouvait pas être admise en ce qui concerne les successions échues à la femme. Décharger en pareil cas la communauté de toute contribution aux dettes, parce que le mari a omis de faire dresser un inventaire constatant l'importance de l'actif mobilier, laisser par suite toutes ces dettes à la charge de la femme, c'eût été lui faire supporter les conséquences d'une faute qu'elle n'a pas commise. Aussi la loi permet-elle à la femme, dans ce cas, comme dans tous les autres où le défaut d'inventaire lui préjudicie, de suppléer au titre, dont

la négligence de son mari l'a privée, non seulement par tous autres modes de preuve du droit commun, mais en outre par certains modes exceptionnels. C'est ainsi que la femme est autorisée à employer la preuve par titres et papiers domestiques, qui, dans les cas ordinaires, n'est pas admise, et aussi la preuve par témoins, même au-dessus de 150 fr. En outre, elle peut avoir recours à la preuve par la *commune renommée,* qui n'est qu'une preuve testimoniale d'un genre particulier, offrant moins de garanties encore que la preuve testimoniale ordinaire. Dans l'enquête ordinaire, en effet, les témoins déposent de faits qui sont à leur connaissance personnelle, qu'ils ont pu constater *propriis sensibus,* tandis que, dans l'enquête par commune renommée, ils déposent d'après de simples rumeurs, d'après des *on dit.* Ils viendront dire par exemple : « Nous ne savons pas personnellement quelle était l'importance du mobilier de la succession, mais nous estimons que ce mobilier valait 100,000 fr. ; nous avons entendu affirmer qu'il avait cette valeur, c'est le bruit qui court ». La commune renommée, c'est la *vox de via collecta,* et, comme les propos de la rue sont souvent empreints d'une grande exagération, on comprend combien un semblable mode de preuve peut être dangereux pour le mari contre lequel on en fait usage. Qu'il ne se plaigne pas! il est en faute de n'avoir pas procuré à sa femme, en faisant dresser un inventaire, le titre régulier et normal à l'aide duquel elle aurait pu établir la consistance du mobilier. Les mots « et au besoin par la commune renommée », qu'emploie l'art. 1415, semblent d'ailleurs indiquer que c'est seulement à défaut de tout autre mode de preuve que la femme serait autorisée à avoir recours à celui-là.

L'enquête par commune renommée doit être faite devant un juge commissaire, comme l'enquête ordinaire, et non devant un notaire. Douai, 11 avril 1884, Sir., 84. 2. 156.

Tous les modes de preuve exceptionnels dont il vient d'être parlé, preuve par titres et papiers domestiques, preuve par témoins au-dessus de 150 fr. et surtout preuve par la commune renommée, ne pourraient pas être employés par le mari pour suppléer au défaut d'inventaire qui lui préjudicie.

Mais c'est là tout ce que signifie l'art. 1415 *in fine.* Le mari pourrait donc, à défaut d'inventaire, et quand son intérêt l'exige, établir la consistance du mobilier de la succession mixte, échue soit à lui soit à la femme, par les moyens de preuve du droit commun, à l'aide d'un titre, par exemple, tel qu'un compte de tutelle ou un acte de partage fait peu de temps après l'ouverture de la succession. Souvent les moyens de preuve du droit commun manqueront au mari, il supportera alors la peine de sa négligence.

* Les héritiers du mari, pas plus que le mari lui-même, ne pourraient avoir recours, pour établir la consistance et la valeur du mobilier non inventorié, aux modes de preuve exceptionnels indiqués par l'art. 1415. Leurs droits se mesurent à

ceux du mari. Il faut toutefois excepter le cas où le défaut d'inventaire serait le résultat d'une collusion frauduleuse des époux, ayant pour but de dissimuler un avantage supérieur à la quotité disponible, que le mari a entendu faire indirectement à sa femme (arg. art. 1099 al. 1). Les héritiers du mari pourraient, conformément au droit commun, déjouer cette fraude à la loi en établissant la consistance et la valeur du mobilier par tous les moyens de preuve qu'autorise l'art. 1415, sauf peut-être la preuve par la commune renommée, qui, à raison de sa nature tout à fait exceptionnelle, paraît ne pouvoir être admise que dans les cas où la loi l'autorise par un texte formel. Que si l'avantage indirect, résultant du défaut d'inventaire, n'excède pas les limites de la quotité disponible entre époux, alors il n'y a pas fraude à la loi, les parties pouvant faire indirectement ce que la loi leur permet de faire directement, et par suite les héritiers du mari rentrent dans le droit commun en ce qui concerne la preuve de la consistance du mobilier.

B. *Obligation aux dettes ou droit de poursuite des créanciers.*

107. Les créanciers d'une succession, échue à l'un des époux pendant le mariage, peuvent toujours agir contre cet époux ou contre la communauté dans la mesure pour laquelle les dettes sont définitivement à leur charge : il est tout simple que les créanciers puissent forcer chaque contribuable à payer sa part contributoire. Tout serait dit sur l'obligation aux dettes, si les créanciers de la succession étaient contraints de s'en tenir là ; mais quelquefois leur droit de poursuite est plus étendu. Ainsi, dans telle hypothèse où la communauté ne doit contribuer que pour moitié aux dettes d'une succession échue à l'un des époux, il peut arriver que les créanciers de la succession aient le droit, par suite des règles qui vont être exposées, de la forcer à payer le total.

Ces règles paraissent d'une extrême complication, quand on lit les articles du code civil qui les établissent. Elles se résument cependant à des idées fort simples, qu'on peut condenser dans les cinq propositions suivantes.

1° Les biens de la succession forment dans tous les cas le gage des créanciers du défunt. Il en est ainsi, alors même qu'en vertu des conventions matrimoniales des époux ces biens seraient tombés dans la communauté.

2° L'époux héritier, lorsqu'il a régulièrement accepté la succession, et en supposant une acceptation pure et simple (ce que nous ferons dans la suite de ces explications), peut toujours être poursuivi pour le total.

3° La communauté peut être poursuivie pour la totalité des dettes, lorsque la succession est échue au mari. Il en est de même, quand, la succession étant échue à la femme, celle-ci l'a acceptée avec l'autorisation de son mari, sauf une exception prévue par l'art. 1413 (*infra* n. 109).

4° Les dettes d'une succession, acceptée par la femme avec l'auto-

risation de la justice au refus du mari, ne peuvent être poursuivies que sur les biens de la succession et sur la nue propriété des biens personnels de la femme, mais non sur les biens de la communauté, ni sur ceux du mari. Et toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'un inventaire régulier ait été dressé. Si, à défaut d'inventaire, le mobilier de la succession s'était confondu dans celui de la communauté, les créanciers, qui ne doivent pas souffrir de cette confusion, auraient le droit de poursuivre pour le tout les biens de la communauté, et par suite ceux du mari.

5° Toutes les fois que, par suite de l'application des règles de l'obligation aux dettes, l'un des époux ou la communauté a payé au delà de sa part contributoire, il y a lieu en sa faveur à récompense pour l'excédent. Ainsi une succession, dans laquelle il y a 5,000 fr. de meubles et 15,000 fr. d'immeubles, échoit au mari; les dettes s'élevant par hypothèse à 4,000 fr., la communauté doit y contribuer pour un quart, soit 1,000 fr., et le mari pour trois quarts, soit 3,000 fr.; sur la poursuite des créanciers, la communauté paie les 4,000 fr. Elle aura droit à récompense contre le mari pour 3,000 fr.; car elle a payé cette somme à sa décharge. Notons cette règle générale une fois pour toutes, afin de nous dispenser d'avoir à la formuler dans les nombreux cas où elle va trouver son application.

Ces préliminaires posés, nous allons entrer dans l'étude des textes.

Pour l'obligation aux dettes, de même que pour la contribution, la loi distingue si la succession est mobilière, immobilière ou mixte.

I. *Succession purement mobilière.*

108. Il faut distinguer si elle est échue au mari ou à la femme.

a. — La succession est échue au mari. Les créanciers peuvent s'attaquer :

1° Aux biens propres du mari, qui est obligé personnellement en sa qualité d'héritier; sauf récompense contre la communauté, qui doit en définitive supporter toutes les dettes puisqu'elle profite de tout l'actif.

2° Aux biens de la communauté, qui se trouve engagée en vertu du principe que toute dette du mari est dette de la communauté.

b. — La succession est échue à la femme. Il faut sous-distinguer si la succession a été acceptée avec l'autorisation du mari ou avec celle de la justice.

α. La succession a-t-elle été acceptée avec l'autorisation du mari? Les créanciers sont particulièrement favorisés; ils peuvent poursuivre :

1° Les biens de la communauté (art. 1419);

2° Les biens personnels du mari (même article). Le mari, en autorisant sa femme à accepter une succession qui devait profiter pour le tout à la communauté, s'est assimilé en quelque sorte les dettes de la succession;

3° Les biens personnels de la femme en toute propriété (art. 1419).

Le tout sauf la récompense qui pourra être exercée contre la communauté, si les dettes ont été payées sur les biens personnels de la femme ou sur ceux du mari.

β. La succession purement mobilière échue à la femme a-t-elle été acceptée avec l'autorisation de la justice? Le mari n'est pas engagé par cette acceptation, ni la communauté non plus (arg. art. 1426); du moins, la communauté n'est tenue envers

les créanciers que jusqu'à concurrence de la valeur des meubles de la succession, qu'elle détient. Le mari sera donc quitte en rendant compte aux créanciers de cette valeur. Mais il faut qu'il soit à même de l'établir par un inventaire, qu'il a dû faire dresser à cet effet (arg. art. 1414). Au cas où, à défaut d'inventaire, les meubles de la succession se seraient confondus avec ceux de la communauté, les créanciers, auxquels ce fait n'est pas imputable, seraient autorisés à poursuivre tous les biens de la communauté (arg. art. 1416 al. 2). En cas d'insuffisance du mobilier de la succession, les créanciers pourraient poursuivre leur paiement sur la nue propriété des biens personnels de la femme (arg. art. 1417) : sur la nue propriété seulement, car l'usufruit en appartient à la communauté, et celle-ci n'est pas obligée. C'est seulement après la dissolution de la communauté que les créanciers pourraient poursuivre les biens de la femme en toute propriété.

II. *Succession purement immobilière.*

109. Distinguons encore si elle est échue au mari ou à la femme.

a. — La succession est échue au mari. Cette hypothèse est prévue et réglée par l'art. 1412, ainsi conçu : *Les dettes d'une succession purement immobilière qui » échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la com- » munauté; sauf le droit qu'ont les créanciers de poursuivre leur paiement sur les » immeubles de ladite succession. — Néanmoins, si la succession est échue au mari, » les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur paiement, soit sur tous les » biens propres au mari, soit même sur ceux de la communauté; sauf, dans ce second » cas, la récompense due à la femme ou à ses héritiers* ».

Ainsi les créanciers ont en pareil cas pour gage :

1° *Les biens personnels du mari,* devenu débiteur par son acceptation.

2° *Les biens de la communauté,* en vertu du principe que toute dette du mari est dette de la communauté. Toutefois, si la communauté paie, elle aura droit à récompense; l'art. 1412 dit à tort que la récompense serait due « à la femme ou à ses héritiers ».

* Il ne faut pas dire, comme on le fait quelquefois, que les dettes des successions purement immobilières échues au mari *tombent dans la communauté à charge de récompense.* Cette formule, contraire au texte de l'art. 1412, qui dit positivement que ces dettes *ne sont point à la charge de la communauté,* conduirait à décider que la femme, après la dissolution de la communauté, pourrait, au cas d'acceptation, être poursuivie personnellement pour la moitié desdites dettes (arg. art. 1482) : ce qui ne saurait être admis. Il faut dire que les dettes dont il s'agit sont propres au mari; mais seulement le paiement peut en être poursuivi sur les biens de la communauté, tant qu'elle dure, à cause de la confusion qui existe entre les biens de la communauté et ceux du mari.

b. — La succession est échue à la femme. Lisons l'art. 1413 qui régit cette hypothèse : « *Si la succession purement immobilière est échue à la femme, et que celle-ci » l'ait acceptée du consentement de son mari, les créanciers de la succession peuvent » poursuivre leur paiement sur tous les biens personnels de la femme; mais si la suc- » cession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du » mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peu- » vent se pourvoir que sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme* ».

Ainsi il faut sous-distinguer si la succession purement immobilière, échue à la femme, a été acceptée avec l'autorisation du mari, ou avec celle de la justice.

La femme a-t-elle accepté avec l'autorisation du mari? D'après les principes généraux, la communauté devrait être tenue de toutes les dettes de la succession, et le mari aussi (art. 1419). Mais la loi déroge ici à ces principes, parce que les motifs qui les ont fait établir n'existent pas dans l'espèce. D'une part, en effet, l'acceptation faite

par la femme ne peut pas profiter à la communauté ni au mari, puisque tout l'actif de la succession reste propre à la femme ; et d'autre part, les créanciers de la succession, n'ayant pas été parties à l'acte par lequel la femme a accepté, ne peuvent pas prétendre que l'autorisation donnée par le mari a été cause de leur confiance et qu'ils ont compté sur son obligation. Cependant, comme la communauté n'est pas complètement désintéressée dans l'affaire, puisqu'elle est appelée à jouir des biens de la succession, ainsi que de tous les autres biens personnels de la femme, la loi a voulu que l'autorisation du mari permît aux créanciers d'attaquer les biens de la communauté dans une certaine mesure. C'est pourquoi notre article décide que les créanciers pourront poursuivre, outre les biens de la succession, la *pleine propriété* des biens personnels de la femme; ils ne seront pas obligés par conséquent de respecter le droit d'usufruit qui appartient à la communauté sur ces biens. Mais ils ne pourraient pas poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté ni sur ceux du mari.

La succession a-t-elle été acceptée par la femme avec l'autorisation de la justice au refus du mari? Cette acceptation ne pourra aucunement préjudicier ni au mari ni à la communauté; les créanciers ne seront donc fondés à poursuivre leur paiement que sur les biens de la succession, et en outre sur la *nue propriété* des biens personnels de la femme, mais seulement « en cas d'insuffisance des immeubles de la succession ». Restriction qui s'explique par cette double considération : qu'une nue propriété se vend toujours assez mal, et que cette vente peut occasionner bien des embarras au mari qui se trouvera ainsi usufruitier d'un bien dont la nue propriété appartiendra à un autre qu'à la femme.

III. *Succession mixte.*

110. Cette hypothèse est régie par les art. 1416 et 1417, ainsi conçus :

Art. 1416. *Les dispositions de l'article 1414 ne font point obstacle à ce que les créanciers d'une succession en partie mobilière et en partie immobilière poursuivent leur paiement sur les biens de la communauté, soit que la succession soit échue au mari, soit qu'elle soit échue à la femme, lorsque celle-ci l'a acceptée du consentement de son mari; le tout sauf les récompenses respectives. — Il en est de même si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, et que néanmoins le mobilier en ait été confondu dans celui de la communauté sans un inventaire préalable.*

Art. 1417. *Si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, et s'il y a eu inventaire, les créanciers ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession, et, en cas d'insuffisance, sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme.*

La loi distingue, et nous distinguerons avec elle, si la succession est échue au mari ou à la femme, et dans ce dernier cas si la succession a été acceptée avec l'autorisation du mari ou avec celle de la justice.

a. — La succession est échue au mari. Les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur tous les biens de la communauté et sur tous les biens personnels du mari, sauf les récompenses respectives.

b. — La succession est échue à la femme. Une sous-distinction est nécessaire.

α. Cette succession a-t-elle été acceptée avec l'autorisation du mari? Il résulte de l'art. 1416 al. 1 que les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur les biens de la femme *en toute propriété* et en outre sur les biens de la communauté, par conséquent aussi sur ceux du mari (arg. art. 1419). — En combinant les règles qui régissent le droit de poursuite des créanciers quand la succession est purement mobilière avec celles qui régissent ce même droit lorsque la succession est pure-

ment immobilière on aurait dû être conduit à décider que, dans l'hypothèse qui nous occupe, la communauté et par suite le mari ne peuvent être poursuivis par les créanciers que jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes. Mais comment les créanciers auraient-ils connu cette portion contributoire, et par conséquent la mesure de leur droit de poursuite contre la communauté? Il y aurait eu là une source de difficultés, que le législateur a sans doute voulu tarir en décidant que la communauté pourrait être poursuivie pour le tout. Bien entendu, si la communauté paie le total des dettes, elle aura droit à récompense pour tout ce qui excède sa part contributoire.

β. La succession n'a-t-elle été acceptée par la femme qu'avec l'autorisation de la justice? En principe, cette acceptation n'engage ni le mari ni la communauté (arg. art. 1426). Les créanciers de la succession ne pourront donc s'attaquer qu'aux biens de la succession, et, en cas d'insuffisance, à la nue propriété seulement des biens personnels de la femme. Et toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le mari puisse justifier, à l'aide d'un titre régulier, de la consistance et de la valeur du mobilier de la succession. Si, à défaut d'inventaire, ce mobilier se trouvait confondu dans celui de la communauté, les créanciers seraient en droit de poursuivre leur paiement sur tous les biens de la communauté (art. 1416 *in fine*), et par suite aussi sur les biens personnels du mari. Que celui-ci ne se plaigne pas ! en omettant de faire dresser un inventaire, il s'est mis dans l'impossibilité de justifier de l'insuffisance du mobilier pour payer les dettes ; il doit supporter les conséquences de sa faute.

II. *Dettes des donations.*

111. Aux termes de l'art. 1418 : « *Les règles établies par les articles* » 1411 *et suivants régissent les dettes dépendantes d'une donation, comme* » *celles résultant d'une succession* ».

Il s'agit du cas où l'un des époux recueillerait pendant le mariage le bénéfice d'une donation universelle ou à titre universel, telle qu'une donation de biens à venir (art. 1082) ou bien un legs universel ou à titre universel. Les dettes dépendant de ces donations seraient régies, soit au point de vue de la contribution, soit au point de vue de l'obligation, par les règles qui viennent d'être exposées. Ainsi, la donation est-elle purement mobilière? on appliquera l'art. 1411 ; si elle est purement immobilière, on appliquera les art. 1412 et 1413 ; si elle est mixte, les art. 1414 à 1417.

Toutefois il semble que, si les biens dépendant d'une donation purement mobilière demeuraient propres à l'époux donataire en vertu d'une clause de la donation, les dettes qui grèvent cette donation devraient demeurer à la charge du donataire ; on appliquerait donc alors les règles des successions immobilières (art. 1412), et non celles des successions mobilières (art. 1411). De même qu'en sens inverse, si les biens dépendant d'une donation purement immobilière tombaient dans la communauté en vertu de la volonté du disposant, les dettes grevant la donation tomberaient à la charge de la communauté par application de l'art. 1411 relatif aux successions mobilières. En effet le législateur s'est évidemment inspiré de l'idée que le passif doit être supporté et payé par celui qui recueille l'actif ; il ne faut donc tenir compte de la nature des biens qu'en tant qu'elle sert à en régler l'attribution.

SECTION II

DE L'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ, ET DE L'EFFET DES ACTES DE L'UN OU DE L'AUTRE ÉPOUX RELATIVEMENT A LA SOCIÉTÉ CONJUGALE

112. La rubrique de cette section ne donne qu'une idée fort incomplète des matières qui y sont traitées. Le législateur va s'occuper non seulement, comme il l'annonce, de l'administration de la communauté, mais en outre de l'administration des biens personnels de la femme (art. 1428 à 1430), des récompenses (art. 1431 à 1437), matière au sujet de laquelle il traite du remploi dont nous nous sommes déjà occupés (*supra* n.n. 62 et s.), et enfin des constitutions de dot (art. 1438 à 1440). Ces matières feront l'objet d'autant de paragraphes.

§ I. *De l'administration de la communauté.*

113. Nous aurons successivement à parler des pouvoirs qui appartiennent au mari et de ceux qui appartiennent à la femme. Disons tout de suite que les pouvoirs du mari sont presque ceux d'un propriétaire, et que ceux de la femme sont à peu près nuls.

N° 1. Pouvoirs du mari.

A. *Actes licites.*

114. Dans la société conjugale, comme dans toute société, il faut un chef; la nature, et la loi après elle, désignent le mari. Les pouvoirs qui lui appartiennent en cette qualité sont beaucoup plus étendus que ceux d'un administrateur ordinaire, dont la mission se borne à conserver les biens et à les faire fructifier. On en peut juger par l'art. 1421, ainsi conçu : « *Le mari administre seul les biens de la communauté.* » — *Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la* » *femme* ».

Ainsi, non seulement le mari peut faire relativement aux biens de la communauté tous les actes d'administration, par exemple passer des baux, effectuer des réparations d'entretien, interrompre une prescription, mais la loi lui permet d'accomplir des actes qui sont l'apanage exclusif du propriétaire : elle l'autorise à vendre les biens, même immobiliers, plus généralement à les aliéner à titre onéreux, même à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit, à les grever d'hypothèque ou de tout autre droit réel tel que servitude, usufruit; tout cela sans le concours de la femme. Nous savons aussi que la communauté est tenue de toutes les obligations résultant des contrats passés par le mari ou des quasi-contrats dans lesquels ils se trouve engagé (*supra* n. 94).

Le mari peut donc ruiner la communauté par une gestion coupable ou inintelligente, *potest perdere, dissipare, abuti,* et il n'est même pas tenu de rendre compte des valeurs qu'il dissipe, il ne doit de ce chef aucune récompense.

Comme contre-poids de cette omnipotence, la loi accorde à la femme le droit de demander la séparation de biens, si sa dot se trouve compromise par les dilapidations du mari; elle l'autorise aussi, lors de la dissolution de l'association conjugale, à renoncer à la communauté dans le but de se soustraire à l'obligation de payer les dettes qui la grèvent; enfin elle lui offre, au cas d'acceptation, le bénéfice d'*émolument,* qui lui permet de ne payer les dettes de la communauté que dans la mesure de la portion d'actif qu'elle recueille.

115. La toute-puissance du mari a pourtant une limite. Aux termes de l'art. 1422 : « *Il ne peut disposer entre-vifs à titre gratuit des* » *immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du* » *mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. — Il* » *peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particu-* » *lier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas* » *l'usufruit* ».

Cette disposition est de droit nouveau. La plupart de nos anciennes coutumes autorisaient le mari à disposer à titre gratuit des biens de la communauté. L'art. 225 de la coutume de Paris portait : « Le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme; il peut en disposer sans le consentement de sa femme par donation ou autre disposition entre vifs, à son plaisir et volonté, à personne capable et sans fraude ». Notre législateur a pensé que, si les besoins d'une large administration peuvent quelquefois exiger l'aliénation à titre onéreux, ils n'exigent jamais l'aliénation à titre gratuit; car donner, à certains égards, c'est perdre, *donare est perdere.* On voit qu'il n'est plus tout à fait vrai, comme autrefois, de dire que le mari est seigneur et maître de la communauté ; on pourrait le qualifier plus exactement, comme le faisaient quelques rares coutumes qui lui refusaient le droit d'aliéner à titre gratuit, d'administrateur *cum libera,* sous-entendez *potestate.* Cpr. *supra* n. 38.

116. L'art. 1422 n'interdit pas au mari d'une manière absolue toute disposition à titre gratuit des biens de la communauté. Il lui interdit seulement.

1° *Les donations d'immeubles de la communauté,* quelque modique qu'en soit la valeur, sauf exception quand la donation est faite au profit d'un enfant commun (ou d'un petit-enfant) et pour son établissement, *par mariage ou autrement,* car la loi ne distingue pas.

* Faite à un enfant d'un autre lit du mari, la donation d'un immeuble de la communauté serait nulle ; la loi n'excepte en effet que les donations faites à un enfant commun. L'art. 1469 dit, il est vrai, que les donations de biens communs faites à un enfant d'un autre lit donnent lieu à récompense, ce qui suppose leur validité ; mais il doit être entendu seulement des donations de meubles, autrement il serait en contradiction avec l'art. 1422.

2° *Les donations qui ont pour objet l'universalité ou une quote-part du mobilier,* sauf exception encore pour le cas où la donation est faite en vue de l'établissement des enfants communs.

Une donation entre vifs de biens présents, portant sur des objets mobiliers, ne peut jamais être qu'à titre particulier. De deux choses l'une, en effet : ou il s'agira d'une donation manuelle, et alors elle ne s'appliquera qu'à chacun des objets particuliers dont il aura été fait tradition par le donateur au donataire, la donation embrassât-elle en fait tous les meubles du donateur; ou bien la donation sera faite par acte, et alors elle ne sera valable qu'autant qu'un état énumératif et estimatif des objets compris dans la disposition sera joint à la minute de la donation (art. 948) : ce qui en fera nécessairement une donation à titre particulier. Que veut donc dire l'art. 1422, quand il défend au mari de faire des donations portant sur l'universalité ou sur une quote-part du mobilier? Sa disposition ne peut avoir de sens qu'autant qu'on la considère comme s'appliquant aux donations de biens à venir ou institutions contractuelles (art. 1082 et s.), qui sont des donations entre vifs et qui cependant peuvent être et sont presque toujours universelles ou à titre universel. La loi veut donc dire que le mari ne peut pas, par donation de biens à venir, disposer de l'universalité ou d'une quote-part du mobilier de la communauté, sauf au profit des enfants communs. Voyez cependant un arrêt de la cour de Bordeaux du 16 janvier 1878 (Sir., 78. 2. 252), qui semble considérer notre disposition comme ayant pour but d'interdire les donations qui, en fait, absorberaient la plus grande partie de l'actif mobilier de la communauté.

3° *Les donations d'effets mobiliers, faites à titre particulier avec réserve d'usufruit en sa faveur.* En l'absence de cette réserve, la donation serait valable. En d'autres termes, le mari peut donner la pleine propriété de meubles déterminés dépendant de la communauté, mais il ne peut pas en donner la nue propriété seulement. C'est une dérogation à la règle *Qui peut le plus, peut le moins.* La loi a voulu retenir le mari par le frein de son propre intérêt : le mari ferait volontiers peut-être des donations en nue propriété, qui nuiront plus à ses héritiers qu'à lui-même puisqu'elles lui laisseront la jouissance des biens donnés; il fera plus difficilement une donation de la pleine propriété, qui le privera immédiatement de la jouissance.

Les restrictions, que l'art. 1422 apporte au droit du mari de disposer à titre gratuit des biens de la communauté, lui laissent encore une grande latitude. En effet, s'il ne peut pas donner un immeuble de la communauté, quelque minime qu'en soit la valeur, il peut au contraire donner à toute personne le mobilier de la communauté, sans limitation, sous la seule condition de faire la donation à titre particulier et de ne pas se réserver l'usufruit. On lui défend de donner quelques mètres de terrain, et on lui permet de donner 100,000 fr. de rentes sur l'Etat! Ce système est un écho de la maxime *Res mobilis res vilis,* maxime déjà vieillie à l'époque de la promulgation du code civil et aujourd'hui complètement surannée. L'art. 1422 est un de ceux qu'on ne laisserait probablement pas subsister dans le code civil, si on procédait à sa refonte.

117. Maintenant, quel est le sort d'une donation faite en violation de l'art. 1422? Elle est nulle; cela résulte par argument de l'art. 1422, qui est conçu en termes prohibitifs. Mais la nullité n'existe qu'à l'égard de la femme; car c'est elle que le législateur a voulu protéger; seule elle pourra donc se prévaloir de la nullité, non le mari. Et comme toutes les actions de la femme relativement aux biens communs sommeillent tant que dure la communauté, il en résulte que c'est seulement à sa dissolution qu'elle pourra élever la voix. Encore faut-il pour cela que la femme accepte la communauté; car, si elle y renonce, elle perd tout droit aux biens communs (art. 1492), qui deviennent pour le tout la propriété du mari, et elle n'a plus dès lors aucun intérêt à se prévaloir de la nullité.

Supposons donc que la femme accepte la communauté (elle ou ses héritiers) et qu'elle invoque la nullité de la donation faite par son mari. Le bien donné sera compris dans la masse partageable, réellement s'il est encore entre les mains du mari, fictivement s'il a été livré au donataire; nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire, comme on l'enseigne, que la femme le revendique préalablement contre le donataire. Alors il arrivera de ces deux choses l'une :

Ou le bien donné sera attribué au mari par le résultat du partage ou des prélèvements qui le précèdent (art. 1470), et alors, le mari étant réputé avoir toujours été seul propriétaire du bien, la donation produira son plein et entier effet.

Ou le bien sera attribué à la femme, et alors, celle-ci étant réputée en avoir toujours été seule propriétaire, la donation faite par le mari sera considérée comme non avenue, et la femme aura le droit de s'attribuer le bien si le mari ne s'en est pas dessaisi, ou de le revendiquer contre le donataire s'il est en possession.

* Le donataire, qui se trouvera ainsi évincé, aura-t-il le droit d'agir en garantie contre le mari, et de lui demander des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il souffre ? En d'autres termes, le donataire, qui ne peut pas obtenir ou conserver en nature le bien donné, peut-il exiger que le mari donateur lui en fournisse l'équivalent pécuniaire ? On admet généralement l'affirmative par argument de l'art. 1423 al. 2. C'est oublier que ce texte déroge au droit commun, et que par suite sa disposition ne saurait être étendue en dehors du cas précis qu'il prévoit; or la loi y parle d'un legs, et nous sommes dans l'hypothèse d'une donation entre vifs; l'art. 1423 al. 2 n'est donc pas applicable, et notre hypothèse demeure régie par les règles du droit commun, d'après lesquelles le donateur ne doit pas la garantie, *donator de evictione non tenetur.*

* Nous concluons que le donataire n'a pas d'action contre le mari, à moins cependant que l'on ne se trouve dans l'un des cas exceptionnels où le donateur doit la garantie : ce qui arrive, quand elle a été promise par une stipulation formelle, ou quand la donation a été faite *dotis causa* (art. 1440).

118. Une vive controverse existe sur le point de savoir si les donations prohibées par l'art. 1422 deviennent valables, quand elles sont faites par le mari avec le concours de la femme, c'est-à-dire par le mari et par la femme conjointement ou même par le mari avec la simple adhésion de la femme. La jurisprudence a été longtemps hésitante; un arrêt de la cour de cassation du 5 février 1850 paraît l'avoir définitivement fixée dans le sens de l'affirmative, et on ne peut que faire des vœux pour qu'elle persévère dans cette voie. C'est dans l'intérêt de la femme que la loi limite le droit du mari de disposer à titre gratuit des biens de la communauté; pourquoi ne pourrait-elle pas renoncer au profit du donataire à un droit qui n'a été établi qu'en sa faveur ? Comment comprendre d'ailleurs que la femme, qui pourrait avec l'autorisation de son mari donner ses biens propres, ne puisse pas, de concert avec lui, donner les biens de la communauté qui ne sont, comme nous l'avons vu plus haut (n. 35) que des biens appartenant indivisément au mari et à la femme ? Enfin le lien, qui paraît relier l'art. 1422 à l'art. 1421, fournit

encore un argument puissant en faveur de notre solution. D'après l'art. 1421, le mari peut ALIÉNER les biens de la communauté *sans le concours de sa femme.* Le mot *aliéner* comprend, dans sa généralité, même les aliénations à titre gratuit : aliéner c'est *rem suam alienam facere;* de sorte que, si l'art. 1422 n'existait pas, le mari pourrait faire toutes sortes de donations sans le concours de la femme. Eh bien ! c'est à cette règle que l'art. 1422 vient déroger. Il s'agit de savoir quelle est la portée de la dérogation, si elle consiste en ce que, dans les cas exceptés de la règle, la donation sera interdite d'une manière absolue ou seulement interdite sans le concours de la femme. Pour résoudre cette question, il faut se souvenir que l'exception est de la même nature que la règle ; or la règle est que le mari peut aliéner *sans le concours de sa femme ;* l'exception consistera donc en ce que, dans les cas exceptés, il ne peut pas aliéner *sans le concours de sa femme :* ce qui donne à entendre qu'il le pourrait avec ce concours. La tradition est d'ailleurs en ce sens ; Pothier et Lebrun notamment admettaient cette solution.

* **119.** L'art. 225 de la coutume de Paris, après avoir consacré le droit pour le mari de disposer, même à titre gratuit, des biens de la communauté sans le consentement de sa femme, exceptait le cas de fraude. Les principes généraux suffisent pour faire admettre encore aujourd'hui cette limitation, que les art. 1421 et 1422 n'ont certainement pas entendu exclure par leur silence.

La fraude peut se produire soit dans une aliénation à titre gratuit, soit dans une aliénation à titre onéreux ; dans l'un comme dans l'autre cas, le secours de l'action paulienne ou révocatoire sera accordé à la femme. Et toutefois, en cas d'aliénation à titre onéreux, l'action en révocation ne réussira contre l'acquéreur qu'autant qu'il aura été *conscius fraudis* (t. II. n. 919). D'ailleurs la preuve de la fraude peut être faite par tous les moyens possibles, même par témoins et par présomptions (arg. art. 1353).

120. Après avoir indiqué dans quelle mesure le mari est autorisé à disposer par donation entre vifs des biens de la communauté, la loi va nous dire dans quelle mesure il peut en disposer par testament : « *La donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans* » *la communauté. — S'il a donné en cette forme un effet de la communauté,* » *le donataire ne peut le réclamer en nature, qu'autant que l'effet, par* » *l'événement du partage, tombe au lot des héritiers du mari : si l'effet* » *ne tombe point au lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la* » *valeur totale de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la* » *communauté et sur les biens personnels de ce dernier* » (art. 1423).

La loi prévoit successivement le cas où le mari a légué une partie aliquote de la communauté, comme une moitié, un tiers, un quart, et celui où le legs porte sur un objet déterminé dépendant de la communauté. Nous parlerons d'abord de ce dernier.

a. Le mari a légué un effet déterminé dépendant de la communauté, telle maison par exemple ; la communauté se dissout par la mort du mari. Quel sera le sort du legs ?

Si la femme renonce à la communauté, il est sans difficulté que le legs produira tout son effet ; car la renonciation de la femme lui fait perdre tout droit sur les biens de la communauté, laquelle revient tout entière aux héritiers du mari. La situation sera donc la même que si le mari avait légué un bien lui appartenant en propre.

Si la femme accepte la communauté, il faut distinguer. L'objet légué tombe-t-il dans le lot des héritiers du mari ? le légataire pourra le réclamer en nature ; car le mari est réputé en avoir toujours été propriétaire, en vertu de l'effet rétroactif attaché au partage (art. 883, cbn. 1476) ; c'est donc bien sa chose qu'il a léguée. Si au contraire l'objet du legs est attribué à la femme par le résultat des opérations du partage, le légataire ne pourra pas le réclamer en nature ; car la femme est réputée en avoir toujours été propriétaire, et par suite le mari a en réalité légué la chose d'autrui. En résulte-t-il que le legs sera nul ? Il devrait l'être d'après l'art. 1021 ; mais la loi, dérogeant ici à cette règle, probablement pour ce motif que le mari est habitué à considérer comme siens les biens de la communauté dont il est seigneur et maître, décide que le légataire pourra réclamer la *valeur* de la chose léguée sur la part de communauté du mari et sur ses biens personnels, de sorte que le legs, qui ne peut pas s'exécuter en nature, s'exécutera en argent.

La combinaison des règles qui viennent d'être exposées conduit à décider que, si la chose léguée tombe partie dans le lot des héritiers du mari, partie dans le lot de la femme, le legs s'exécutera en nature pour la partie de la chose qui est tombée dans le lot des héritiers du mari et en argent pour le surplus.

b. Le legs fait par le mari porte sur une quote part de la communauté que nous supposons toujours dissoute par la mort du mari. Si la femme renonce à la communauté, le legs produira tout son effet, quelle que soit son étendue et alors même qu'il embrasserait toute la communauté, pourvu toutefois qu'il n'exèède pas les limites de la quotité disponible. Si au contraire la femem accepte la communauté, sa part, qui normalement est de la moitié, ne pourra pas être ébréchée par l'exécution du legs. Ainsi supposons que le legs fait par le mari soit des trois quarts de la communauté. La part de la femme ne sera pas pour cela réduite au quart ; elle aura le droit de se faire attribuer dans le partage la moitié des biens communs ; le légataire ne pourra donc réclamer que l'autre moitié, sauf à se faire payer en argent par les héritiers du mari la valeur de la portion qu'il ne peut obtenir en nature.

121. Ainsi qu'on l'a vu par les explications qui précèdent, l'art. 1423 déroge au droit commun, d'après lequel le legs de la chose d'autrui est nul (art. 1021) : sa disposition ne saurait donc être étendue en dehors du cas précis qu'il prévoit, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là nous conclurons :

1° Que, la loi ne parlant que du mari, le legs fait par la femme d'un effet dépendant de la communauté demeurerait soumis aux règles du droit commun, et qu'il serait nul par conséquent, si l'objet légué tombait par le résultat du partage dans le lot du mari ; d'autant plus que les motifs qui ont fait établir l'exception en ce qui concerne le mari, ne se rencontrent plus quand il s'agit d'un legs fait par la femme. V. cep. Cass., 6 juin 1883, Sir., 84. 1. 129.

2° Que l'art. 1423 demeurerait sans application au legs d'un effet de la commu-

nauté, fait par le mari lui-même après la dissolution de la communauté et avant qu'il ait été procédé à la liquidation et au partage de la communauté. La place qu'occupe l'art. 1423 situé dans une section ayant pour rubrique *De l'administration de la communauté...*, et plus encore les motifs qui ont dicté la disposition de cet article (numéro précédent) prouvent qu'il n'a été écrit qu'en vue du testament fait par le mari pendant qu'il est chef de la communauté. En dehors de cette hypothèse on rentre dans le droit commun. Cpr. t. II, n. 621.

B. *Actes illicites.*

122. Ce ne sont pas seulement les actes licites du mari (contrats et quasi-contrats) qui obligent la communauté, mais aussi ses actes illicites (délits et quasi-délits). Comme le disaient nos anciens, le mari oblige la communauté *tam delinquendo quam contrahendo.*

Les dettes pécuniaires, qui naissent d'un *délit* (nous prenons cette expression dans son sens le plus large) peuvent être de deux sortes, savoir : l'amende, qui a un caractère pénal, et les réparations civiles, qui, ainsi que leur nom l'indique, ont un caractère exclusivement civil et ne sont autre chose que des dommages et intérêts destinés à procurer la réparation du préjudice causé par l'infraction. Les *quasi-délits* ne peuvent donner naissance qu'à des réparations civiles.

Cela posé, les amendes prononcées contre le mari peuvent être poursuivies sur les biens de la communauté; mais la communauté qui les paie a droit à récompense (art. 1424), contrairement à ce qui avait lieu dans notre ancien droit.

C'est une exception aux règles du droit commun, d'après lesquelles un époux ne doit récompense à la communauté que lorsqu'il a tiré des biens de celle-ci *un profit personnel* (art. 1437), c'est-à-dire lorsqu'il s'est enrichi à ses dépens : le mari n'est pas enrichi par le paiement que la communauté a fait de l'amende prononcée contre lui, car on n'en retrouve pas l'équivalent dans son patrimoine propre, et cependant il en doit la récompense. L'exception s'explique aisément par le principe de la personnalité des peines ; ce principe serait violé, si la communauté devait supporter définitivement l'amende à laquelle le mari a été condamné : ce qui aurait pour conséquence d'en mettre une partie à la charge de la femme au cas où elle accepterait la communauté.

La communauté est aussi tenue du paiement des réparations civiles, auxquelles le mari a été condamné pour délit ou quasi-délit; mais, à la différence de ce qui a lieu pour les amendes, la communauté qui a fait ce paiement n'a pas droit à récompense; car la loi ne le lui accorde pas.

On peut d'autant moins étendre aux réparations civiles ce que l'art. 1424 dit à ce sujet des amendes, que sa disposition déroge aux règles du droit commun, ainsi que nous venons de le démontrer. *Et alias non est eadem ratio.* La question est cependant controversée.

* **123.** Les art. 1424 et 1425 établissaient une distinction, difficile à justifier au point de vue juridique, entre les dettes des époux, nées d'une infraction n'emportant pas mort civile, et celles nées d'une infraction emportant mort civile. Cette distinction n'appartient plus qu'à l'histoire, la mort civile ayant été abolie. Aussi nous bornons-nous à peu près à reproduire ces deux textes :

Art. 1424. *Les amendes encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile, peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme ; celles encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté.*

Art. 1425. *Les condamnations prononcées contre l'un des deux époux pour crime emportant mort civile, ne frappent que sa part de la communauté et ses biens personnels.*

Le mot *crime,* dans ces deux textes, est pris comme synonyme d'*infraction,* et désigne toutes les violations de la loi pénale. A l'époque où le code civil a été rédigé, la terminologie du droit criminel n'était pas encore bien fixée.

Aujourd'hui il n'y a plus de crime emportant mort civile, puisque la mort civile est abolie, et par suite l'art. 1425 ne peut plus recevoir son application.

N° 2. Pouvoirs de la femme.

124. En principe, les actes accomplis par la femme n'engagent point la communauté, à moins qu'elle n'ait agi avec l'autorisation du mari. C'est ce que dit l'art. 1426 1re partie : « *Les actes faits par la » femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la » justice, n'engagent point les biens de la communauté* ». La raison en est que la femme n'a point l'administration de la communauté. Seul le mari a le droit d'aliéner les biens de la communauté et de les obliger.

Quelle sera la situation du créancier envers lequel la femme s'est obligée avec l'autorisation de justice à défaut de celle du mari? Il ne pourra s'attaquer qu'à la nue propriété des biens personnels de la femme; car l'usufruit de ces biens appartient à la communauté, et nous savons que la communauté n'est point obligée. Arg. art. 1410, 1413, 1417, 1424.

Il va sans dire que si la femme s'était obligée sans aucune autorisation, l'obligation serait nulle, et le créancier n'aurait aucune action. A moins que l'obligation ne résulte d'un délit ou d'un quasi-délit, auquel cas il pourrait en poursuivre l'exécution mais seulement sur la nue propriété des biens personnels de la femme.

Après avoir dit que « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, » et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la commu- » nauté », l'art. 1426 apporte immédiatement à son principe une restriction dont le sens n'est pas très clair, par ces mots : « *si ce n'est lorsqu'elle contracte comme » marchande publique et pour le fait de son commerce* ».

Mise en rapport avec ce qui précède et prise à la lettre, cette disposition signifierait que la femme peut être autorisée par la justice à faire le commerce, et qu'elle oblige alors la communauté lorsqu'elle contracte pour le fait de son négoce. Mais, s'il en était ainsi, l'art. 1426 se trouverait en opposition avec l'art. 4 du code de commerce, aux termes duquel : « La femme ne peut être marchande publique sans le consente- » ment de son mari ». Aussi faut-il considérer la restriction formulée par l'art. 1426 *in fine* comme ne tombant que sur la partie majeure de la proposition par laquelle débute l'article, et non sur l'incise *et même avec l'autorisation de la justice.* En d'autres mots, pour comprendre le sens de la restriction formulée par la partie finale de notre article, il faut le lire en supprimant les mots *et même avec l'autorisation de la justice.* Ainsi entendu, l'art. 1426 *in fine* n'est que la reproduction en termes différents de l'art. 220, et ces deux textes signifient que l'autorisation de faire le commerce, donnée par le mari à sa femme, habilite celle-ci d'une manière *générale* à accomplir tous les actes dépendant de son négoce, sans qu'une autorisation spéciale soit nécessaire pour chacun d'eux, et que par suite ces actes engageront les biens de la com-

munauté et ceux du mari, comme s'ils étaient faits en vertu d'une autorisation spéciale conformément au droit commun. En un mot, l'art. 1426, comme l'art. 220, entend seulement signaler, en ce qui concerne la femme commerçante, une exception au principe de la *spécialité* de l'autorisation, et non une exception au principe que la femme n'oblige point la communauté quand elle agit avec l'autorisation de la justice. Il ne se préoccupe nullement de résoudre la question de savoir de qui l'autorisation doit émaner, point qui est résolu par l'art. 4 C. co. — Cpr. t. I, n. 647.

125. Cependant la règle, que les actes accomplis par la femme avec l'autorisation de la justice n'engagent point la communauté, souffre exception dans deux cas prévus par l'art. 1427.

Le premier est celui où il s'agit de « tirer le mari de prison ». On suppose un mari emprisonné à raison d'une dette, et il s'agit, pour lui rendre sa liberté, de se procurer somme suffisante pour désintéresser son créancier; la justice pourra autoriser la femme à emprunter cette somme, et l'obligation qu'elle contractera de ce chef aura le même effet que si elle avait été contractée avec l'autorisation du mari; elle sera donc exécutoire sur les biens de la communauté et sur ceux du mari. Ce premier cas a perdu presque tout son intérêt, depuis que la contrainte par corps a été abolie en matière civile, commerciale et contre les étrangers par la loi du 22 juillet 1867.

Le second cas est celui où la femme veut pourvoir à l'établissement par mariage ou autrement de *ses enfants* (entendez des enfants communs) en cas d'absence du mari. Dans l'impossibilité où elle se trouve d'obtenir l'autorisation de son mari, la femme obtiendra celle de la justice, et la constitution de dot qu'elle fera avec cette autorisation aura le même effet que si elle avait été autorisée par le mari.

Ces deux cas, nous l'avons dit, sont prévus par l'art. 1427 ainsi conçu : « *La femme » ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari » de prison, ou pour l'établissement de ses enfants en cas d'absence du mari, » qu'après y avoir été autorisée par justice* ».

La rédaction de cet article est on ne peut plus défectueuse. Pris à la lettre, il signifierait qu'en aucun cas, même dans les deux particulièrement favorables que prévoit ici la loi, la femme ne peut s'obliger ni obliger la communauté sans être autorisée par la justice ; de sorte que l'autorisation donnée par le mari ne pourrait en aucun cas la dispenser d'obtenir celle de la justice. Ce serait le renversement de toutes les règles relatives à l'autorisation maritale. La loi a voulu dire, mais elle a employé une tournure de phrase très vicieuse, que, dans les deux cas exceptionnels prévus par l'art. 1427, la femme peut s'obliger et engager la communauté avec la seule autorisation de la justice, obtenue à défaut de celle du mari.

L'art. 1427 dérogeant au droit commun, sa disposition doit recevoir l'interprétation restrictive. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* En aucun cas donc, sauf les deux hypothèses exceptionnelles que prévoit ici la loi, l'engagement contracté par la femme autorisée de la justice n'obligera la communauté ni le mari Le tribun Duveyrier l'a dit catégoriquement dans son discours au tribunat. On a cependant essayé de soutenir le contraire en argumentant du mot *même* de l'art. 1427, qui semble indiquer une citation faite à titre d'exemple. Mais cet argument, qui suppose que le législateur a parlé un langage d'une correction parfaite, perd presque toute

sa valeur pour qui songe à la négligence avec laquelle ce texte a été rédigé; nous venons de voir en effet que, pris à la lettre, il conduit à des résultats inacceptables. D'ailleurs, la solution que nous combattons aurait l'inconvénient grave de laisser l'interprète de la loi dans une grande perplexité sur le point de savoir quels sont, en dehors de l'art. 1427, les cas dans lesquels l'autorisation de la justice permet à la femme d'obliger la communauté, et elle serait dans la pratique la source de décisions arbitraires de la part du juge.

Par application du principe que nous venons de formuler, nous déciderons que la disposition de l'art. 1427 *in fine* ne pourrait pas être étendue au cas où le mari serait placé dans un établissement d'aliénés ni à celui où il serait interdit. Dans cette dernière hypothèse, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 508.

D'ailleurs, dans les deux cas prévus par l'art. 1427, la femme pourrait être autorisée à aliéner un bien de la communauté aussi bien qu'à emprunter. Une vente dans certains cas peut être moins préjudiciable qu'un emprunt.

126. La femme, qui ne peut, en principe, obliger la communauté par ses actes licites, ne peut pas à plus forte raison l'obliger par ses actes illicites (délits ou quasi-délits). Aussi l'art. 1424 *in fine* dispose-t-il que les amendes « *encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que* » *sur la nue propriété de ses biens personnels, tant que dure la commu-* » *nauté* ». Et cette décision doit certainement être étendue aux réparations civiles.

Toutefois, si la communauté a profité de l'infraction, par exemple si elle a encaissé l'argent provenant d'un vol commis par la femme, elle sera tenue par l'action *de in rem verso* dans la mesure du profit qu'elle a retiré; l'équité le dit, à défaut de la loi, et cela suffit; car l'action *de in rem verso* n'a pas d'autre fondement que l'équité.

§ II. *De l'administration des biens personnels de la femme.*

127. Art. 1428. *Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme. — Il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. — Il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. — Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires.*

Le droit d'administration que la loi accorde au mari sur les biens de la femme, est une conséquence de son droit de jouissance sur ces mêmes biens. Et comme ce droit de jouissance n'est pas essentiel, il en est de même du droit d'administration qui en est la conséquence. En d'autres termes, une clause du contrat de mariage peut parfaitement réserver à la femme la jouissance et l'administration de ses biens personnels en tout ou en partie (arg. art. 1536 et 1576), et à plus forte raison lui donner le droit de toucher sur ses seules quittances une portion de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. La jouissance et l'administration des biens de la femme ne constituent pas pour le mari un droit lui appartenant *comme chef*, et dont il lui soit interdit, à ce titre, de se dépouiller (art. 1388). On sait qu'il en est autrement de l'administration des biens de la communauté (*supra* n. 7).

L'administration et même la jouissance des biens que la femme acquiert à titre de propres pendant le cours du mariage par donation entre vifs ou testamentaire, peut aussi être retirée au mari par une clause formelle de la donation ou du testament.

Tandis que le mari a, comme administrateur des biens de la communauté, des pouvoirs presque égaux à ceux d'un propriétaire, comme administrateur des biens de la femme, au contraire, il n'a en général que les pouvoirs qui appartiennent à tout administrateur des biens d'autrui, notamment au tuteur et aux envoyés en possession provisoire. Les explications dans lesquelles nous allons entrer en fourniront la preuve. Nous parlerons d'abord des obligations du mari, ensuite de ses droits.

I. *Obligations du mari.*

128. Le mari doit administrer les biens de sa femme en bon père de famille. C'est par application de ce principe que la loi le déclare « res- » ponsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, » causé par défaut d'actes conservatoires » (art. 1428 al. 4). Encore faut-il cependant qu'il y ait faute de la part du mari. Sa responsabilité à cet égard s'apprécierait d'après les règles du droit commun (t. II, n. n. 865 et s.).

Parmi les actes conservatoires figurent au premier rang les réparations, non seulement celles d'entretien, mais aussi les grosses. Le mari doit donc entretenir les propres de sa femme en bon état de réparations de toute nature. Les réparations d'entretien sont supportées définitivement par la communauté, comme charge de la jouissance qui lui appartient; quant aux grosses réparations, la femme devrait récompense à la communauté des sommes qu'elles ont coûté, à moins cependant qu'elles n'eussent été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien. Cpr. *supra* n. 99.

L'interruption de la prescription est aussi un acte conservatoire. Le mari pourrait engager sa responsabilité, s'il laissait une prescription s'accomplir contre sa femme, faute de faire ce qui est en son pouvoir pour la conjurer.

Nous en dirions autant du renouvellement d'une inscription hypothécaire en vue d'échapper à la péremption.

D'une manière générale, le mari est responsable de tout préjudice pécuniaire qu'il occasionne à sa femme par sa faute relativement à son patrimoine personnel, par exemple de l'insolvabilité d'un débiteur personnel de la femme, qu'il aurait négligé de poursuivre en temps utile. Cpr. *infra* n. 140.

II. *Droits du mari.*

128 *bis*. La loi les envisage successivement, en ce qui concerne les actions de la femme, les aliénations et les baux.

A. *Actions de la femme.*

129. Sur le point de savoir si le mari a le droit d'exercer les actions *qui appartiennent à la femme* (art. 1428), c'est-à-dire les actions

relatives aux propres de celle-ci, la loi distingue entre les actions mobilières et les actions immobilières.

a. Actions mobilières. Le mari a l'exercice de « toutes les actions » mobilières... qui appartiennent à la femme » ou, en d'autres termes, de toutes les actions concernant les propres mobiliers de celle-ci. Il peut les exercer tant en demandant qu'en défendant. La femme est valablement représentée par son mari dans toutes les instances où se débattent ses droits mobiliers : ce qui est jugé avec lui est jugé avec elle, et par suite elle ne peut pas, sauf le cas de collusion, attaquer par la voie de la tierce opposition le jugement rendu contre son mari.

Le droit d'exercer les actions mobilières de la femme implique le droit pour le mari de toucher les créances mobilières qui appartiennent en propre à celle-ci. S'il peut poursuivre en justice les débiteurs de sa femme pour les forcer à payer, c'est apparemment qu'il a le droit de recevoir d'eux le paiement. Et il en serait ainsi, alors même qu'il s'agirait de la créance du prix d'un immeuble propre à la femme, aliéné avec son consentement. Le mari, comme nous allons le dire, n'a pas le droit de vendre un bien propre à sa femme; mais, si celle-ci le vend, ce qui a pour résultat de transformer son droit de propriété en une créance de somme d'argent, le mari a le droit de toucher cette créance parce qu'elle est mobilière.

b. Actions immobilières. Il faut sous-distinguer entre les actions possessoires et les actions pétitoires.

α. Les actions immobilières *possessoires* de la femme peuvent être exercées par le mari. En effet le mari jouit des biens de sa femme; il doit donc avoir les actions qui protègent la jouissance. De ce nombre sont les actions possessoires.

β. Quant aux actions immobilières *pétitoires,* il résulte par argument *a contrario* de l'art. 1428 que l'exercice n'en appartient pas au mari. Dire que le mari a seulement l'exercice des actions possessoires, c'est bien lui refuser implicitement l'exercice des actions pétitoires.

Cette induction, tirée du silence de la loi, acquiert une force irrésistible, si l'on considère, d'une part, que l'art. 233 de la coutume de Paris, dont l'art. 1428 a reproduit à peu près les termes, a toujours été entendu en ce sens, et d'autre part, qu'en règle générale, dans notre droit, les administrateurs du bien d'autrui n'ont pas l'exercice des actions pétitoires. Voyez toutefois l'art. 1549.

Les actions immobilières pétitoires de la femme ne peuvent donc être exercées que par la femme elle-même dûment autorisée ou par son mari agissant en vertu d'un mandat exprès donné par elle.

Mais voilà que la femme refuse d'intenter l'action en revendication d'un de ses immeubles personnels détenu par un tiers. Cette résistance mettra-t-elle le mari dans l'impossibilité d'exercer sur cet immeuble le droit de jouissance qui lui appartient en qualité de chef de la communauté? Evidemment non. Il ne peut dépendre de la femme de paralyser par son mauvais vouloir l'exercice du droit de son mari. Celui-ci aura en pareil cas le droit, qui appartiendrait à tout autre usufruitier, d'agir en son nom personnel comme ayant droit à la jouissance, et d'exiger du détenteur la restitution de l'immeuble. Il exercera en un mot contre le tiers détenteur l'action *confessoire* d'usufruit, action qui se distingue nettement par sa cause de l'action en

revendication appartenant à la femme. L'action confessoire du mari a pour cause son droit d'usufruit, tandis que l'action en revendication de la femme a pour cause son droit de propriété. Il y a une autre différence entre ces deux actions : dans l'action confessoire d'usufruit, le réclamant doit prouver le droit de propriété du constituant au moment de la constitution de l'usufruit, tandis que, dans l'action en revendication, le revendiquant doit prouver son droit de propriété au moment où il agit.

130. L'art. 1428 al. 2 dit que le mari « peut exercer seul toutes les actions » mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme » : ce qui signifie que le concours de la femme ou même son consentement ne lui est pas nécessaire pour l'exercice de ces actions. Mais cette disposition n'est pas exclusive de la faculté pour la femme, autorisée comme de droit, d'exercer les actions mobilières ou possessoires qui lui appartiennent, si le mari refuse ou même néglige de le faire. La loi ne dit pas que le mari *peut seul exercer* les actions..., formule qui serait exclusive du droit d'agir pour la femme; elle dit que le mari *peut les exercer seul,* ce qui est bien différent.

B. *Aliénations.*

131. Le mari « ne peut aliéner les immeubles personnels de sa » femme sans son consentement » (art. 1428 al. 3). C'est une conséquence du principe que le propriétaire seul a le droit d'aliéner. L'aliénation ne peut donc émaner que de la femme, soit qu'elle y procède elle-même avec l'autorisation de son mari ou de justice, soit qu'elle donne à cet effet mandat à son mari. C'est sans doute à cette dernière hypothèse que l'art. 1428 fait allusion, quand il parle de l'aliénation faite par le mari *avec le consentement de sa femme.*

La prohibition d'aliéner les immeubles personnels de la femme entraîne pour le mari celle de les grever de tous droits réels, tels qu'usufruit, servitude, hypothèque.

* **132.** Supposons que le mari, contrevenant à la prohibition de l'art. 1428, ait vendu un immeuble personnel de sa femme sans son consentement. Quelle va être la situation faite à la femme? Notamment pourra-t-elle, en supposant que la vente ait été exécutée, revendiquer l'immeuble et évincer ainsi l'acquéreur ?

Nous écartons d'abord l'hypothèse où le mari a vendu l'immeuble comme appartenant à sa femme, et même celle où, le mari ne s'étant pas expliqué sur ce point, l'acheteur a connu la vérité. En pareil cas, en effet, l'acheteur n'a pas droit à la garantie (arg. art. 1428 et 1997). Aucun obstacle ne s'oppose donc à ce que la femme revendique son bien indûment aliéné, sauf à l'acheteur à demander *condictione sine causa* la restitution du prix qu'il aurait payé.

Mais la question devient délicate, si le mari a vendu l'immeuble comme sien à un acheteur de bonne foi. Il est incontestable que, dans cette hypothèse, le mari contracte envers l'acheteur l'obligation de garantie. Nous croyons que cette obligation, avec toutes ses conséquences, tombe à la charge de la communauté, qui est tenue, on le sait, de toutes les dettes contractées par le mari pendant le mariage (art. 1409-2°).

Cela posé, si la femme renonce à la communauté, il est sans difficulté qu'elle peut revendiquer son immeuble contre l'acquéreur, sans que celui-ci puisse lui opposer la maxime *Qui doit garantir ne peut évincer;* car elle échappe par sa renonciation à l'obligation de garantie, comme à toutes les autres dettes dont la communauté se trouve grevée du chef de son mari (art. 1494).

Mais à notre avis il n'en sera plus de même, si la femme accepte la communauté

Par son acceptation la femme s'associe définitivement à tous les actes accomplis par son mari, à la vente de ses propres comme à tous autres. Elle est donc alors censée venderesse pour la moitié, et tenue par suite pour moitié, sauf la limitation résultant de son bénéfice d'émolument, de la garantie et des obligations qu'elle engendre. De là il résulte que, si la femme revendique son propre, l'acquéreur pourra lui opposer l'exception de garantie, dont les effets sont résumés dans la formule : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Et comme l'exception de garantie est indivisible, ainsi que nous le démontrerons *infra* n. 542, l'action de la femme se trouvera ainsi paralysée pour le tout et non pas seulement pour la moitié.

On voit que la question de savoir si la femme peut ou non revendiquer son immeuble propre aliéné par le mari est subordonnée à celle de savoir si elle acceptera la communauté ou si elle la répudiera. Nous en concluons qu'elle ne peut pas exercer son action en revendication pendant la durée de la communauté. Comment pourrait-elle être admise à revendiquer contre un acquéreur auquel elle devra la garantie si elle accepte la communauté? L'acquéreur n'a-t-il pas le droit de dire à la femme : Vous ne pouvez revendiquer utilement qu'à la condition de renoncer à la communauté; or vous n'avez pas le droit de renoncer avant là dissolution de la communauté; donc votre action en revendication n'est pas recevable. Cpr. art. 2256 al. 1. Chambéry, 6 mai 1885, Sir., 87. 2. 177.

132 *bis.* Le mari peut-il aliéner les propres mobiliers de sa femme sans le consentement de celle-ci? Nous admettons la négative. Le mari n'est qu'administrateur des biens personnels de sa femme; or un administrateur n'a pas le pouvoir d'aliéner même les biens mobiliers, à moins qu'un texte formel ne le lui accorde (v. notamment art. 452). Il importe peu que l'interdiction d'aliéner écrite dans l'art. 1428 ne porte que sur les immeubles. Ici comme ailleurs la loi a statué *de eo quod plerumque fit;* elle n'a pas parlé des propres mobiliers, parce que, sous le régime de la communauté légale, en vue duquel statue l'art. 1428, les propres mobiliers sont infiniment rares (*supra* n. 79).

La question que nous venons d'examiner ne se pose qu'en ce qui concerne les propres mobiliers parfaits. Il est certain que le mari peut aliéner les propres mobiliers imparfaits de la femme, puisque la communauté en est propriétaire, sauf à compter de leur valeur.

D'autre part, même en ce qui concerne les propres mobiliers parfaits, la question ne présente guère d'intérêt que lorsqu'ils sont incorporels ; car, pour les meubles corporels, la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* mettra presque toujours l'acquéreur à l'abri de toute réclamation de la part de la femme.

C. *Baux.*

133. Le mari, étant chargé, en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, de leur faire produire le revenu dont ils sont susceptibles, a par cela même le droit de les donner à bail.

Quelle durée le mari peut-il assigner aux baux qu'il passe ? Devront-ils nécessairement prendre fin avec sa jouissance, c'est-à-dire lors de la dissolution de la communauté ? L'application rigoureuse des principes aurait peut-être dicté cette solution; car il semble que le mari ne puisse pas disposer de la jouissance des biens de la femme pour le temps où cette jouissance ne lui appartiendra plus. Mais, s'il en eût été ainsi, le mari n'aurait pas trouvé de preneurs, ou il n'en aurait trouvé qu'à des conditions fort désavantageuses, un locataire ou un fermier

exigeant toujours qu'on lui garantisse une jouissance d'une certaine durée. Fallait-il alors déclarer obligatoires pour la femme ou ses héritiers les baux faits par le mari, quelle que fût leur durée ? Cette solution aurait eu l'inconvénient grave de permettre au mari de priver, pour un temps indéfini, la femme et ses héritiers de la jouissance en nature de leurs biens. Entre ces deux extrêmes, le législateur a pris un moyen terme, qu'indiquent les art. 1429 et 1430, et qui concilie dans la mesure du possible les droits de l'administrateur et ceux du propriétaire.

Art. 1429. *Les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans, ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve.*

Art. 1430. *Les baux de neuf ans ou au-dessous que le mari seul a passés ou renouvelés des biens de sa femme, plus de trois ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté.*

Ainsi la loi, appliquant au mari une règle dont elle fait ailleurs l'application à l'usufruitier (art. 595), au tuteur (art. 1718) et au mineur émancipé (art. 481), considère les baux de neuf ans ou au-dessous comme des actes de simple administration. Ceux que le mari aura faits dans ces limites devront toujours être pleinement respectés.

D'autre part, comme un bon administrateur ne doit pas attendre au dernier moment pour passer un nouveau bail ou renouveler l'ancien, sous peine d'être privé de locataire ou de fermier pendant un certain temps, la loi permet au mari (art. 1430) de renouveler les baux en cours ou d'en passer de nouveaux, trois ans au plus avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit d'un bien rural, et deux ans seulement avant la même époque, s'il s'agit de maisons. Le délai accordé pour le renouvellement des baux de biens ruraux est plus long, parce qu'il est plus difficile de se procurer un bon fermier qu'un bon locataire.

Telles sont les limites extrêmes, dans lesquelles le mari peut passer ou renouveler des baux obligatoires pour sa femme et les héritiers de celle-ci. De sorte que le plus long délai, pendant lequel la femme ou ses héritiers peuvent être liés en vertu d'un bail consenti par le mari, est de douze ans pour les biens ruraux et de onze ans pour les biens urbains; et encore faut-il, pour que cette limite soit atteinte, supposer un concours de circonstances qui se rencontreront rarement, c'est-à-

dire que le mari ait renouvelé un bail, ou qu'il en ait passé un autre, juste trois ans ou deux ans avant l'expiration du bail courant, et que la communauté se soit dissoute aussitôt après.

134. Maintenant qu'arrivera-t-il, si le mari a excédé les limites fixées par les art. 1429 et 1430, c'est-à-dire s'il a passé un bail de plus de neuf ans, ou s'il a passé ou renouvelé un bail plus de trois ans ou de deux ans avant l'expiration du bail courant ?

135. *a*. Supposons d'abord que le mari ait fait un bail de plus de neuf ans. Ce bail est pleinement obligatoire pour le mari d'une part, et pour le fermier ou locataire d'autre part : ils sont l'un et l'autre parties au contrat, et le contrat les lie. Cpr. Cass., 29 janvier 1883, Sir., 85. 1. 482. La femme elle-même ne peut pas critiquer le bail, tant que la communauté dure ; elle est sans intérêt, puisqu'elle n'a pas droit à la jouissance de son bien, cette jouissance appartenant à la communauté. Mais, à la dissolution de l'association conjugale, la femme pourra quelquefois demander la réduction du bail; elle a le droit d'exiger en effet que le preneur (l'art. 1429 ne parle que du *fermier,* mais il est clair que sa disposition s'applique aussi au *locataire*) achève seulement la période de neuf ans qui court au moment de la dissolution de la communauté. Ainsi supposons un bail à ferme consenti par le mari pour vingt ans. La communauté se dissout-elle la septième année du bail par exemple? On est encore dans la première période de neuf ans; le fermier n'aura, si la femme l'exige, que le droit d'achever cette période, c'est-à-dire qu'il n'aura plus que deux ans à faire. Si la communauté, dans la même hypothèse, se dissout la quinzième année du bail, on est entré dans la deuxième période de neuf ans; la femme pourra exiger que le fermier sorte à l'expiration de cette période, par conséquent à la fin de la dix-huitième année du bail; le fermier n'aura donc plus droit qu'à trois années de jouissance. Enfin, si nous supposons que la communauté se dissolve la dix-neuvième année du bail, le contrat devra s'exécuter complètement.

C'est une faculté pour la femme de demander que le bail soit réduit aux limites qui viennent d'être indiquées; elle a le droit, si elle le préfère, d'en exiger l'exécution complète. Lié envers la femme par le contrat auquel il a figuré, le fermier ou le locataire est donc à la discrétion de celle-ci : obligé d'exécuter complètement le bail ou d'en subir la réduction, suivant qu'elle le trouvera plus profitable à ses intérêts. Mais au moins faut-il que le preneur puisse savoir à quoi s'en tenir; aussi admet-on qu'il a le droit de mettre la femme en demeure de s'expliquer dans un bref délai sur le parti qu'elle entend prendre.

Les héritiers de la femme ont les mêmes droits qu'elle.

Le mari, qui donne à bail un bien propre de sa femme, peut-il valablement stipu-

ler que les loyers ou les fermages lui seront payés par anticipation ? Si le mari ne fait à cet égard que se conformer aux usages, si par exemple il stipule que le locataire d'une maison paiera son loyer par trimestre et d'avance, nul doute qu'il n'outrepasse pas son droit. Seulement il y aurait lieu à récompense au profit de la femme pour les loyers ou fermages touchés par anticipation, qui représenteraient le prix de la jouissance postérieure à la dissolution de la communauté. Mais, si le mari, empiétant sur les droits du propriétaire, a stipulé le paiement par anticipation de plusieurs années de loyers ou de fermages, les juges du fait pourraient considérer cette stipulation comme excédant les limites du droit d'administration conféré au mari, et décider par suite que les paiements, à lui faits en exécution de cette clause, ne sont pas valables par rapport à la femme ou à ses héritiers, en tant qu'ils s'appliquent à la jouissance postérieure à la dissolution de la communauté. Pour prix de cette jouissance, la femme pourrait donc exiger un nouveau paiement, sauf le recours du preneur contre qui de droit. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens.

136. *b*. Le mari a passé ou renouvelé un bail plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit d'un bien rural, ou plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit d'un bien urbain. Le nouveau bail fait par le mari ou le renouvellement par lui consenti sera sans effet à l'égard de la femme ou de ses héritiers, si l'exécution n'en est pas commencée lors de la dissolution de la communauté. La femme n'est donc pas liée à l'égard du locataire ou du fermier ; mais le fermier ou le locataire est lié envers la femme, qui peut exiger l'exécution du contrat. — Si au contraire l'exécution du bail consenti ou renouvelé est commencée lors de la dissolution de la communauté, ce bail sera obligatoire pour la femme ou ses héritiers, dans les limites fixées par l'art. 1429, c'est-à-dire jusqu'à son expiration, s'il a été fait pour un temps n'excédant pas neuf ans, et jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve lors de la dissolution de la communauté, s'il a été fait pour un temps plus long.

Remarquons qu'il ne suffit pas, pour que le bail, consenti ou renouvelé trop tôt par le mari, soit obligatoire à l'égard de la femme, que la communauté se soit dissoute à une époque où le mari aurait pu valablement consentir ou renouveler le bail ; il faut que l'exécution du nouveau bail soit commencée.

137. Enfin observons, en terminant, que les règles établies par les art. 1429 et 1430 ne sont applicables qu'aux baux passés ou renouvelés par le mari *seul*. Ceux qui auraient été passés ou renouvelés par le mari avec le concours de la femme seraient obligatoires pour celle-ci, alors même qu'ils auraient été consentis pour plus de neuf ans ou qu'ils auraient été passés ou renouvelés plus de trois ans ou de deux ans avant l'expiration du bail courant. La femme, qui peut valablement consentir à l'aliénation de ses immeubles, peut, à plus forte raison, consentir à un bail excédant les limites ordinaires du droit d'administration.

D'ailleurs le preneur qui a traité avec le mari seul n'a le droit d'exercer aucun recours contre celui-ci à raison de la réduction du bail, que la femme ou ses héri-

tiers lui font subir par application de l'art. 1429, ou de la privation de jouissance qu'ils lui imposent en invoquant l'art 1430. En traitant avec le mari seul, le preneur a dû savoir à quoi il s'exposait. Il en serait autrement si le mari s'était présenté comme propriétaire de l'immeuble qu'il donnait à bail ou s'il s'était porté fort pour sa femme. L'indemnité due dans ce cas au preneur serait à la charge de la communauté.

§ III. *Des récompenses.*

138. Le mot *récompense* est synonyme d'*indemnité.* — Après avoir déterminé la composition du patrimoine de la communauté et celle du patrimoine propre de chaque époux, le législateur devait veiller à ce que l'équilibre établi entre ces trois patrimoines ne fût pas rompu. C'est dans ce but qu'a été établie la théorie des *récompenses,* dont le principe général peut être formulé de la manière suivante : Toutes les fois que l'un des trois patrimoines, dont la communauté suppose l'existence, se sera enrichi aux dépens de l'un des deux autres, il y aura lieu à récompense ou indemnité au profit du patrimoine appauvri contre celui qui s'est enrichi.

Les récompenses peuvent être dues, 1° à l'un des époux par la communauté, 2° à la communauté par l'un des époux, 3° à l'un des époux par l'autre. C'est une division qui s'impose.

I. *Récompenses dues à l'un des époux par la communauté.*

139. Art. 1433. *S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, de même que si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux, et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire, soit de l'immeuble vendu, soit des services rachetés.*

Ce texte indique deux cas dans lesquels il y a lieu à récompense au profit de l'un des époux contre la communauté.

140. *a.* Le premier est celui où, un immeuble propre à l'un des époux ayant été vendu, le prix en a été versé dans la communauté sans remploi. Les propres ne doivent pas servir d'aliment à la communauté. Si donc la communauté a perçu le prix d'un propre aliéné, elle en doit récompense, à moins qu'il n'ait été fait remploi conformément aux art. 1434 et 1435.

Le prix est censé perçu par la communauté, toutes les fois que le mari l'a touché, ou qu'il en a disposé d'une manière quelconque, par exemple en le déléguant à un créancier de la communauté. Si le prix du propre aliéné était encore dû lors de la dissolution de la communauté, celle-ci, n'ayant rien reçu, n'aurait rien à restituer. L'époux reprendrait alors la créance du prix, qui se trouve subrogée au propre; il courrait par conséquent le risque de l'insolvabilité du débiteur. Et toutefois, s'il s'agissait d'un propre de la femme, et que le mari eût laissé l'acquéreur de ce propre devenir insolvable faute d'avoir excercé des poursuites contre lui en temps utile, la

perte résultant de cette insolvabilité ne devrait pas être supportée par la femme, mais bien par la communauté qui est tenue des conséquences pécuniaires de toutes les fautes commises par le mari.

* D'après l'ancienne coutume de Paris, le prix des propres aliénés profitait en principe à la communauté. L'époux vendeur n'avait droit à récompense qu'autant que cela avait été stipulé dans le contrat de mariage ou lors de l'aliénation. Cet état de choses fournissait aux conjoints un moyen facile d'éluder la règle qui prohibait les donations entre époux. Il permettait surtout au mari d'abuser de son influence sur sa femme pour déterminer celle-ci à vendre ses propres et s'enrichir ainsi personnellement en enrichissant la communauté. C'était alors un proverbe que « Le mari doit se relever trois fois la nuit pour vendre le propre de sa femme ». Aussi le nouvel art. 232 de la coutume de Paris réformée en 1580 disposa-t-il que la récompense du prix des propres aliénés serait due par la communauté même en l'absence de toute stipulation de remploi ou récompense. Cette disposition ne tarda pas à être appliquée même dans les coutumes qui autorisaient les donations entre époux, et bientôt les auteurs et la jurisprudence l'étendirent à toute espèce d'avantage acquis à la communauté aux dépens du patrimoine propre de l'un des époux. La règle ainsi généralisée a passé dans le code civil. Comme dans les coutumes dont notre législateur a suivi l'exemple en autorisant les donations entre époux (art. 1096), elle se justifie aujourd'hui par la considération suivante : Rien n'est moins certain que la volonté chez l'époux qui aliène son propre sans stipuler le remploi ou la récompense, d'avantager ainsi son conjoint, de l'enrichir en enrichissant la communauté ; or, en matière de donations, on ne donne pas d'effet aux volontés douteuses.

141. *b.* Notre article formule le deuxième cas dans les termes suivants : « .... si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à » des héritages propres à l'un d'eux ». Voici l'espèce prévue. Un immeuble, qui appartient en propre à l'un des époux, a droit à une servitude active sur le fonds voisin ; le propriétaire de ce dernier fonds demande et obtient moyennant une certaine somme l'extinction de la servitude, et la communauté touche le prix convenu. Récompense sera due à l'époux propriétaire du fonds ; car la servitude dont il a fait l'abandon était une partie de son fonds (les servitudes sont *qualitates prædiorum*) et le prix touché par la communauté est par suite le prix d'une partie du propre de l'époux.

141 *bis.* Tels sont les deux cas prévus par l'art. 1433. Ce ne sont pas les seuls dans lesquels il soit dû récompense à l'un des époux par la communauté. Pothier, après avoir dit qu'il y a lieu à récompense contre la communauté pour le prix des propres aliénés, ajoutait : « On peut établir pour principe général que chacun des conjoints est, lors de la dissolution de la communauté, créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté ». Cela est vrai encore aujourd'hui. L'art. 1433 n'a rien de limitatif, et c'est certainement par pure inadvertance que le législateur n'a pas formulé dans ce texte, d'une manière générale, le principe des récompenses dues *par la communauté*, comme il a formulé dans l'art. 1437 *in fine* celui des récompenses dues *à la communauté*.

Le principe de Pothier comporte de nombreuses applications. Sans parler de celles que nous avons déjà rencontrées sur notre chemin (voyez notamment les art. 1403 al. dernier, 1407, 1408 al. 2, 1416), il serait encore dû récompense à l'un des époux par la communauté dans les cas suivants :

1° Si l'un des époux a donné un bien à lui propre en paiement d'une dette de la communauté;

2° Lorsque les deniers propres à l'un des époux ont été confondus avec les deniers de la communauté ou employés dans l'intérêt de la communauté;

* 3° A raison du supplément du juste prix, payé par l'acquéreur d'un immeuble, vendu par l'un des époux antérieurement au mariage, dans le but d'échapper à l'action en rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, intentée contre lui (art. 1681). Ce supplément est le prix d'une action immobilière appartenant en propre à l'époux.

* Sur ces divers points, on est à peu près d'accord. En voici un au contraire au sujet duquel il y a controverse. L'un des époux, pendant la durée de la communauté, aliène un propre moyennant une rente viagère. Cet époux a-t-il droit à récompense contre la communauté lors de sa dissolution? A notre avis, la récompense est due. En effet, l'art. 1433 dit qu'il y a lieu à récompense toutes les fois que le propre de l'un des époux est aliéné et que le prix en est versé dans la communauté; la loi ne distingue pas si le prix consiste en un capital ou en une rente viagère. Les principes de la matière conduisent à la même solution. La communauté s'est enrichie, puisqu'elle a touché, pendant de longues années peut-être, les arrérages de la rente viagère, bien supérieurs au revenu du propre aliéné. Elle s'est enrichie au détriment de l'époux auquel ce propre appartenait; car celui-ci, lors de la dissolution de la communauté, ne retrouvera plus la contre-valeur de son propre, si la rente est éteinte, ou ne retrouvera qu'une contre-valeur bien inférieure à la valeur de ce propre, si la rente existe encore. Donc elle doit récompense. Enfin c'était la solution admise dans notre ancien droit. On ne discutait que sur le point de savoir comment il fallait fixer le montant de la récompense. Nous examinerons ce point au numéro suivant.

* Il y a contre notre solution une objection très forte tirée de l'art. 588 qui dispose que l'usufruitier d'une rente viagère a le droit d'en percevoir les arrérages *sans être tenu à aucune restitution.* La communauté, dit-on, est usufruitière des propres des époux, non pas de biens déterminés, mais de tous ceux, quels qu'ils soient, qui composent le patrimoine propre des époux. Lorsqu'une rente viagère a été substituée dans le patrimoine de l'un des époux à un droit de propriété qui était perpétuel, la communauté, comme usufruitière, a droit à tous les arrérages de la rente, et elle ne doit pas plus de ce chef une récompense qu'elle n'en devrait si l'un des époux avait échangé une terre peu productive contre une maison rapportant le double. — Il est certain qu'il y a conflit entre l'art. 588 et l'art. 1433. A notre avis l'art. 1433 déroge à l'art. 588, comme l'art. 1403 al. 2 déroge à l'art. 590. L'opinion que nous combattons conduit à considérer l'époux aliénateur comme ayant fait une donation à son conjoint, contrairement à sa volonté peut-être. Nous l'avons déjà dit, en matière de donations, on ne donne pas d'effet aux volontés douteuses.

* La doctrine est divisée sur cette question en deux camps à peu près égaux. Jusqu'en 1868, il en était de même de la jurisprudence. La question fut résolue dans le sens que nous venons de développer par un arrêt de la cour de cassation du 1er avril 1868 (Sir., 68. 1. 253), et depuis lors les cours d'appel se sont conformées à cette jurisprudence. Dernier arrêt, Bordeaux, 17 décembre 1873, Sir., 74. 2. 213.

* Ce que nous venons de dire du cas où le propre de l'un des époux est aliéné moyennant une rente viagère, doit être étendu par analogie de motifs au cas d'aliénation d'un propre moyennant un droit d'usufruit. D'une manière générale, il y a

lieu à récompense par la communauté toutes les fois qu'un époux acquiert durant la communauté un droit viager en échange d'un droit perpétuel.

* En sens inverse, si un droit viager appartenant en propre à l'un des époux est vendu et que le prix soit versé dans communauté, il y a lieu à récompense au profit de l'époux. Et toutefois la récompense n'aurait pas lieu, si le droit viager vendu se trouve éteint au moment de la dissolution de la communauté, par exemple s'il s'agit d'un usufruit constitué sur la tête de l'époux et que la communauté vienne à se dissoudre par sa mort. En effet, dans cette hypothèse, le patrimoine propre de l'époux ne se trouve pas appauvri, puisque, si l'aliénation n'avait pas eu lieu, le droit ne figurerait plus aujourd'hui dans son patrimoine.

L'époux, qui réclame une récompense contre la communauté, doit, en cas de contestation, prouver l'existence des faits sur lesquels il base son droit à la récompense (arg. art. 1315).

142. Montant de la récompense. — Sur quels biens elle s'exerce. — « *La récompense du prix de l'immeuble appartenant au » mari ne s'exerce que sur la masse de la communauté; celle du prix de » l'immeuble appartenant à la femme s'exerce sur les biens personnels du » mari, en cas d'insuffisance des biens de la communauté. Dans tous les » cas, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné* ». Ainsi s'exprime l'art. 1436.

La récompense a lieu « sur le pied de la vente », dit la loi. La communauté n'est débitrice en effet que parce qu'elle a reçu et dans la mesure seulement de ce qu'elle a reçu. Inutilement donc l'époux, dont le propre a été aliéné, prétendrait-il, pour obtenir une récompense supérieure à la somme touchée par la communauté, que le prix de l'aliénation est inférieur à la véritable valeur de son immeuble; on lui répondrait qu'il a consenti à la vente, et que, si l'opération est mauvaise, il doit en supporter les conséquences. Mais, si la communauté ne doit restituer que ce qu'elle a reçu, elle doit restituer tout ce qu'elle a reçu, donc non seulement le prix principal, mais aussi les accessoires de ce prix, tels que pots-de-vin ou épingles. De même, si la communauté a touché un prix supérieur à celui qui est indiqué dans l'acte de vente, les parties en ayant dissimulé une portion pour frauder le fisc ou pour tout autre motif, la communauté sera tenue de restituer cet excédent. Le texte de la loi ne s'y oppose pas; car il dit : « sur le pied de la vente » et non : sur le pied du prix porté en l'acte de vente. En sens inverse, si le mari, ayant vendu un propre, avait fait porter dans l'acte de vente un prix supérieur au prix réel moyennant lequel a eu lieu l'aliénation, pour se procurer une récompense plus élevée, la femme serait admise à démontrer par tous les moyens possibles l'existence de cette fraude, et à faire réduire la récompense réclamée par le mari.

* Au cas particulier où l'aliénation d'un propre a été faite moyennant une rente

viagère, nous admettons avec Pothier que la récompense consistera dans l'excédent des arrérages de la rente viagère sur les revenus du propre depuis l'aliénation jusqu'à la dissolution de la communauté. Ainsi, en supposant qu'une maison rapportant un loyer annuel de 400 fr. ait été vendue moyennant une rente viagère de 1,000 fr. et que la communauté ait duré 10 ans depuis l'aliénation, la récompense sera égale à 10 fois 600 fr., soit 6,000 fr. Sans préjudice du droit pour l'époux de reprendre la rente, si elle existe encore lors de la dissolution de la communauté.

* Quant à la récompense due à raison de la vente d'un usufruit ou d'une rente viagère propre à l'un des époux, elle sera égale au prix d'aliénation, déduction faite de la différence entre les intérêts de ce prix et les revenus que la communauté aurait touchés si elle eût conservé l'usufruit ou la rente aliénée.

La récompense doit être excercée sur les biens de la communauté; car c'est la communauté qui s'est enrichie, et c'est elle par suite qui est débitrice. Toutefois, si la récompense est due à la femme, notre article l'autorise, mais seulement en cas d'insuffisance des biens de la communauté, à se venger sur les biens personnels du mari. Cpr. art. 1472 al. 2, et *infra* n. 223.

II. *Récompenses dues à la communauté par l'un des époux.*

143. Art. 1437. *Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense.*

A. Dans quels cas cette récompense est due.

144. Le principe général qui gouverne toute la matière est contenu dans la partie finale du texte que nous venons de transcrire : « Toutes » les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la » communauté, il en doit la récompense ». Formule qui diffère peu de celle de Pothier : « Toutes les fois que l'un des époux s'est enrichi aux » dépens de la communauté, il lui doit récompense ».

145. La loi applique tout d'abord ce principe au cas où des dettes ou charges personnelles à l'un des époux auraient été acquittées avec les deniers de la communauté. Comme exemple de dettes ou charges personnelles dont le paiement par la communauté donnerait lieu à récompense on peut citer :

1° Les dettes d'une succession purement immobilière échue à l'un des époux. Arg. art. 1412 et 1413.

2° La dot constituée par l'un des époux au profit d'un enfant d'un premier lit, soit avant, soit pendant le mariage, et aussi peut-être la prime du volontariat d'un an. Cass., 14 avril 1886, Sir., 86. 1. 289.

3° Les dettes relatives à un propre (art. 1409-1°), telles que la dette du prix d'un immeuble acheté par l'un des époux antérieurement à la célébration du mariage (*supra* n. 85), la dette contractée pour l'acquisition d'une servitude active au profit d'un propre, ou pour le rachat d'une servitude passive dont ce propre était grevé ou de toute autre charge réelle.

146. La communauté a droit également à récompense pour les impenses qu'elle a faites en vue du recouvrement, de la conservation ou de l'amélioration d'un propre.

En vue du recouvrement d'un propre, comme il arriverait si la communauté a fourni la somme nécessaire pour exercer le rachat d'un immeuble vendu à réméré par l'un des époux antérieurement au mariage. L'immeuble ainsi recouvré devenant propre à l'époux, qui est réputé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire (arg. art. 1673 al. 2), il est juste que la somme payée pour son recouvrement ne reste pas définitivement à la charge de la communauté.

En vue de la conservation d'un propre. Ainsi la communauté aurait droit à récompense pour la somme qu'elle aurait payée en exécution d'une transaction faite dans le but de consolider sur la tête de l'un des époux la propriété d'un bien qui lui était contestée, ou pour le supplément du juste prix, payé en vue de permettre à l'un des époux d'échapper à la rescision pour cause de lésion relativement à un immeuble qui lui appartient en propre (art. 1681), ou pour le prix de grosses réparations faites à un immeuble propre à l'un des époux. Quant aux impenses faites sur un propre pour réparations d'entretien dont le besoin s'est fait sentir pendant la durée de la communauté, nous savons que la communauté en est tenue sans récompense; car elles sont charge des fruits.

Pour l'amélioration des propres. Telles sont les dépenses faites pour constructions sur un immeuble propre à l'un des époux ou pour le drainage de ce fonds.

147. Il y a encore un très grand nombre de cas dans lesquels récompense est due à la communauté par l'un des époux, en vertu du principe général que nous développons. Ainsi la communauté a droit à récompense : pour la valeur des coupes de bois qui auraient dû être faites pendant sa durée sur le propre du mari ou sur celui de la femme (art. 1403 al. 2) ; pour la valeur vénale de l'office dont le mari était titulaire lors de la dissolution de la communauté, et qu'il retient comme il en a le droit, alors du moins que la valeur vénale de cet office appartient à la communauté ; pour les frais de culture, semences et autres travaux faits en vue d'une récolte qui se trouve encore pendante lors de la dissolution de la communauté et dont profite l'époux propriétaire du fonds. *Non obstat* art. 585 al. 2, dont la disposition, écrite en vue de l'usufruit ordinaire, reçoit à notre avis exception en matière de communauté, en vertu du principe général de l'art. 1437.

147 *bis.* L'époux qui réclame une récompense au nom de la communauté doit

prouver que cette récompense est due. *Probatio incumbit ei qui dicit.* Cass., 19 janvier 1886, Sir., 87. 1. 161.

B. *Montant de la récompense.*

148. Pothier pose en principe que « la récompense n'excède jamais ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand qu'ait été le profit que le conjoint a retiré ». Tout le monde accepte encore aujourd'hui cette décision. Ainsi la communauté a déboursé 20,000 fr., qui ont été employés à construire sur le propre de l'un des époux ; la plus-value procurée par les constructions est de 30,000 fr. ; il ne sera dû récompense à la communauté que jusqu'à concurrence de 20,000 fr., somme égale au déboursé.

Pothier ajoute que « la récompense n'est pas toujours de ce qu'il en a coûté à la communauté pour l'affaire particulière de l'un des conjoints; elle n'est due que jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité ». La plupart des auteurs et la jurisprudence considèrent ce second principe comme devant recevoir encore aujourd'hui son application : l'art. 1437 *in fine,* dit-on, indique tout à la fois le principe et la mesure de a récompense par ces mots : « toutes les fois que l'un » des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, » il EN doit la récompense ».

Cela posé, si la récompense est réclamée à raison d'une dette ou charge personnelle à l'un des époux que la communauté a acquittée, le profit est toujours égal au montant de la dette ou de la charge ou autrement dit de la somme déboursée, et par conséquent la communauté rentrera exactement dans son avance.

Il en sera de même, si la récompense est réclamée à raison d'une impense nécessaire exécutée aux dépens de la communauté sur le propre de l'un des époux, par exemple à raison de la reconstruction d'un gros mur qui menaçait ruine. Il fallait absolument faire cette dépense pour sauver l'immeuble; si la communauté n'eût pu fournir les fonds, l'époux aurait dû se les procurer autrement. Il est devenu plus riche de tout ce qu'il a épargné sur ses biens personnels en puisant dans les caisses de la communauté. *Locupletior factus est quatenus propriæ pecuniæ pepercit.* L'avance faite par la communauté doit donc être intégralement remboursée.

Mais la décision ne sera plus la même pour les impenses d'amélioration (impenses utiles). La communauté qui a fourni les deniers n'aura droit qu'au remboursement de la plus-value produite par l'impense, plus-value qui devra être calculée à l'époque de la dissolution de la communauté; car l'époux ne profite que de cette plus-value. Pour l'excédent, la dépense constitue une fausse spéculation qui doit rester au compte de la communauté. Cela paraît surtout incontestable quand la dépense d'amélioration a été faite par le mari sur les propres de la femme. Bordeaux, 22 janvier 1880, Sir., 81. 2. 76 ; Caen, 29 novembre 1881, Sir., 84. 2. 145.

Quant aux dépenses *voluptuaires* ou de pur agrément, qui n'augmentent pas la valeur du fonds, la communauté qui les a faites n'a droit à aucune récompense, sauf l'exercice du *jus tollendi* pour les objets susceptibles d'être enlevés sans détérioration. Au sujet des diverses impenses, cpr. t. II, n. 270.

III. *Des récompenses dues par l'un des époux à l'autre.*

149. Ce troisième cas de récompense est de beaucoup celui qui se présente le plus rarement dans la pratique. On peut citer comme exemple le cas où une dette personnelle à l'un des époux est éteinte par la dation en paiement d'un immeuble propre à l'autre époux. Celui-ci aura droit à récompense contre le premier pour une somme égale au montant de la dette. Autre serait le cas où l'un des époux aurait vendu son propre, et où le prix, versé dans la communauté, aurait été employé au paiement de la dette personnelle de son conjoint; il y aurait lieu dans cette hypothèse à deux récompenses, l'une au profit de l'époux aliénateur contre la communauté pour le prix de son propre, l'autre au profit de la communauté contre l'époux débiteur pour le montant de sa dette. V. aussi art. 1438 al. 2, et *infra* n. 159.

Les art. 1431 et 1432 fournissent deux autres exemples très voisins de celui que nous venons d'indiquer.

150. Aux termes de l'art. 1431 : « *La femme qui s'oblige solidairement avec son » mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de » celui-ci, s'être obligée que comme caution : elle doit être indemnisée de l'obligation » qu'elle a contractée* ».

Ainsi les deux époux constituent solidairement une dot de 20,000 fr. à un enfant d'un autre lit du mari. C'est une affaire qui ne concerne que le mari; aussi la femme ne sera considérée par rapport à lui que comme caution, et en conséquence, si son bien personnel sert à payer la dot, elle aura droit à récompense contre son mari. Cpr. art. 1216.

* En sa qualité de caution, la femme peut également, au cas de faillite ou de déconfiture de son mari, et même avant toute poursuite ou paiement, se faire colloquer immédiatement dans l'ordre ouvert sur les biens de son mari, au rang que lui assigne son hypothèque légale, pour le montant des dettes qu'elle a contractées solidairement avec lui dans son intérêt ou celui de la communauté. Cass., 22 août 1876, Sir., 77. 1. 54.

Remarquez, d'une part, que c'est seulement à l'égard de son mari que la femme est considérée comme caution; elle ne peut pas invoquer cette qualité, soit à l'égard du créancier, pour lui opposer le bénéfice de discussion ou de division, soit à l'égard des autres codébiteurs, s'il y en a, pour se soustraire à l'action récursoire qu'ils exerceraient contre elle après avoir payé. D'autre part, bien que l'art. 1431 ne parle que du cas où les époux se sont obligés solidairement, il s'appliquerait aussi à l'obligation contractée *conjointement* par les deux époux pour affaires intéressant exclusivement le mari ou la communauté. La seule différence serait que la femme ne pourrait être poursuivie que pour la moitié.

* D'après plusieurs auteurs, l'art. 1431 établirait en faveur de la femme, qui s'oblige solidairement ou conjointement avec son mari, une présomption que l'obligation est contractée dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté et que par suite la femme n'est obligée que comme caution. Le mari ne pourrait échapper à cette présomption et à la conséquence qui en résulte contre lui, à savoir que la dette doit demeurer définitivement à sa charge ou à celle de la communauté, qu'en prouvant que l'obligation a été contractée dans l'intérêt de la femme. — C'est faire dire à l'art. 1431 le contraire de ce qu'il dit en réalité. La loi ne dit pas que la femme est réputée caution

à l'égard de son mari, *toutes les fois qu'elle s'oblige avec lui,* mais bien *toutes les fois qu'elle s'oblige* POUR LES AFFAIRES DE LA COMMUNAUTÉ OU DU MARI : ce qui doit être prouvé; car la loi ne dit nulle part que cela soit présumé, et il n'y a pas de présomption légale sans loi. La preuve incombe à la femme, qui joue le rôle de demanderesse puisqu'elle réclame la qualité de caution et la récompense attachée à cette qualité. *Actori incumbit probatio.* Si elle ne peut faire cette preuve, l'obligation devra, conformément aux règles du droit commun, être considérée comme intéressant chaque époux pour la moitié et rester définitivement à la charge de chacun dans cette mesure.

151. En sens inverse, si les deux époux se sont engagés solidairement ou conjointement pour une affaire intéressant exclusivement la femme, celle-ci devra supporter définitivement les conséquences de l'obligation; le mari jouera par rapport à elle le rôle de caution, et aura droit en cette qualité de se faire indemniser de l'obligation par lui contractée, c'est-à-dire que, s'il paie, il aura droit à récompense. L'art. 1432 fait l'application de ce principe à un cas particulier : « *Le mari qui garan-* » *tit solidairement ou autrement la vente que sa femme a faite d'un immeuble per-* » *sonnel, a pareillement un recours contre elle, soit sur sa part dans la communauté,* » *soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété* ». L'obligation de garantie, contractée par le mari conjointement ou solidairement avec sa femme, au sujet de la vente d'un immeuble propre de celle-ci, est relative à une affaire qui intéresse exclusivement la femme, puisque la créance du prix de l'immeuble vendu lui demeurera propre; aussi le mari sera-t-il considéré comme caution par rapport à sa femme, et il aura par suite un droit de récompense contre elle pour tout ce qu'il sera obligé de payer sur ses biens personnels en exécution de cette obligation.

152. Tout ce que disent les art. 1431 et 1432 résultait suffisamment de l'art. 1216, ainsi conçu : « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne » concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette » vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que » comme ses cautions »; et à bien dire les art. 1431 et 1432 sont des textes inutiles.

153. Telle est la théorie des récompenses. De quelque nature qu'elles soient, les récompenses ne se liquident et ne se paient qu'à la dissolution de la communauté. V. art. 1468 et s.

Mais ce n'est pas à dire qu'à tous les points de vue les diverses récompenses soient régies par les mêmes règles. On peut signaler quatre différences principales entre les récompenses dues par l'un des époux à l'autre et celles dues soit par la communauté à l'un des époux, soit par l'un des époux à la communauté.

PREMIÈRE DIFFÉRENCE. — La renonciation de la femme à la communauté est sans influence sur le sort des récompenses que les époux se doivent l'un à l'autre : la femme renonçante pourra exiger le paiement des récompenses qui lui sont dues par son mari et devra payer à celui-ci celles qu'elle lui doit. Au contraire, la renonciation de la femme fait évanouir toutes les récompenses que le mari doit à la communauté ou que la communauté doit au mari; car toute la communauté revient alors au mari, et il ne peut pas être créancier ou débiteur de lui-même. Quant aux récompenses dues par la communauté à la femme ou par la femme à la communauté, la femme, au cas de renonciation, a le droit d'exiger de son mari le paiement intégral des premières, et doit lui fournir le paiement intégral des secondes (art. 1493). La récompense due à la communauté ou par la communauté se transforme ainsi en une récompense due au mari ou par le mari.

DEUXIÈME DIFFÉRENCE. — Elle résulte des art. 1473 et 1479, ainsi conçus :

ART. 1473. *Les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux, et les*

récompenses et indemnités par eux dues à la communauté, emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté.

Art. 1479. *Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre, ne portent intérêt que du jour de la demande en justice.*

* Cette seconde différence est difficile à justifier ; on en a donné beaucoup de mauvaises raisons. Ne serait-elle pas une conséquence de celle qui précède? L'option de la femme n'exerçant aucune influence sur le sort des récompenses dues par l'un des époux à l'autre, on a sans doute pensé qu'il était inutile de les soustraire au droit commun en ce qui concerne le cours des intérêts; tandis que, les récompenses dues à la communauté ou par la communauté étant subordonnées quant à leur existence ou quant à leur quotité au parti que prendra la femme, le législateur a cru devoir en faire courir les intérêts de plein droit, parce qu'il est difficile aux intéressés de former une demande en justice tant qu'ils ne savent pas s'ils sont créanciers et de combien. Ainsi supposons qu'il s'agisse d'une récompense due au mari par la communauté; nous venons de voir que cette récompense s'évanouit si la femme renonce à la communauté ; par suite les frais de la demande que le mari aurait formée pour en faire courir les intérêts, avant que la femme ou ses héritiers aient pris parti, se trouveraient avoir été exposés en pure perte. De même, si l'on suppose que la récompense soit due par la femme à la communauté, il revient la moitié de cette récompense au mari, si la femme accepte, la totalité, si elle renonce ; pour quelle portion le mari agira-t-il, s'il veut faire courir les intérêts avant que la femme ait pris parti ? Afin d'éviter ces embarras, la loi a décidé que les intérêts courraient de plein droit.

Troisième différence. — On verra que la femme, lorsqu'elle accepte la communauté, jouit sous certaines conditions du bénéfice d'émolument, qui lui permet de ne payer les dettes de la communauté qu'*intra vires emolumenti*. Or on tient compte, pour calculer l'émolument de la femme, des récompenses dues à la communauté par l'un des époux, car elles augmentent d'autant l'actif de la communauté et par suite l'émolument de la femme; tandis qu'on ne tient pas compte pour ce même calcul des récompenses dues à la femme personnellement par son mari : ce ne sont pas des valeurs dépendant de la communauté.

Quatrième différence. — Les récompenses dues par l'un des époux à la communauté se paient par la voie du rapport (art. 1468 et 1469), et celles que doit la communauté à l'un des époux par voie de prélèvements (art. 1470). Au contraire, les récompenses dues par l'un des époux à l'autre constituent une créance ordinaire payable en argent.

On voit qu'il peut ne pas être indifférent de dire, dans telle hypothèse déterminée, que l'un des époux doit une récompense de 10,000 fr. à la communauté ou une récompense de 5,000 fr. à son conjoint. La loi s'y est quelquefois trompée, notamment dans l'art. 1403 al. 2. Cpr. *supra* n. 48.

§ IV. *Des constitutions de dot.*

154. On entend ici par *constitution de dot* la donation faite à une personne en vue de son établissement par mariage ou autrement. Le plus souvent, cette constitution est faite par les père et mère de la personne dotée ou par l'un d'eux. C'est l'hypothèse dans laquelle se placent les art. 1438 à 1440, qui supposent en même temps que les constituants sont mariés sous le régime de la communauté. Faite dans ces conditions, la constitution de dot est une source féconde de récom-

penses, et cela explique que le législateur ait traité de cette matière comme appendice à la théorie des récompenses.

Deux hypothèses doivent être distinguées, suivant que la constitution de dot est faite au profit d'un enfant d'un autre lit de l'un des époux, ou au profit d'un enfant commun.

I. *Constitution de dot au profit d'un enfant d'un autre lit.*

155. L'obligation morale de doter un enfant d'un autre lit est considérée par le législateur comme exclusivement personnelle à l'auteur de l'enfant. D'où la conséquence que, si la dot constituée à cet enfant par son auteur a été payée soit en biens de la communauté, soit en biens personnels à l'autre époux, il y aura lieu à récompense (art. 1469).

II. *Constitution de dot au profit d'un enfant commun.*

156. Trois hypothèses doivent être distinguées, suivant que la constitution de dot est faite par le père seul ou par la mère seule ou par les deux conjointement. Dans chacune de ces trois hypothèses, nous aurons deux questions à résoudre : 1° par qui la dot devra-t-elle être supportée définitivement, et dans quelle mesure? 2° à qui le paiement de la dot pourra-t-il être demandé ? La première question, pour employer des expressions qui nous sont déjà familières, est une question de *contribution,* c'est-à-dire de répartition définitive entre les époux et la communauté; la deuxième, une question d'*obligation* au paiement. Les art. 1438 à 1440, qui régissent la matière, paraissent ne s'être occupés que de la question de *contribution.*

Notons de suite que, toutes les fois que l'un des époux ou la communauté aura payé une portion de la dot supérieure à sa part contributoire, ce paiement fera naître en sa faveur un droit à récompense.

1. *Dot constituée par le père seul.*

157. Art. 1439. *La dot constituée par le mari seul à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de la communauté; et, dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci doit supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'ait déclaré expressément qu'il s'en chargeait pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié.*

a. — *Contribution.* « La dot constituée par le mari seul à l'enfant com-» mun, en effets de la communauté, est à la charge de la communauté » : ce qui signifie que la communauté doit la supporter définitivement. Le mari peut ainsi donner à un enfant commun tous les biens de la communauté, même les immeubles (art. 1422). La femme, n'ayant pas figuré au contrat, n'est pas personnellement obligée ; elle ne peut le devenir que comme commune en biens, c'est-à-dire en tant seulement

qu'elle accepte la communauté. Dans cette hypothèse, la femme supportera pour sa part les conséquences de la constitution de dot faite par son mari, comme de tous les autres actes par lui accomplis en qualité de chef de la communauté.

b. — *Obligation.* L'enfant doté peut, pendant toute la durée de l'association conjugale, s'attaquer, non seulement à la communauté, mais encore aux biens personnels du mari, pour obtenir le paiement de la dot; sauf récompense, si le mari paie sur ses biens personnels. Quant à la femme, elle ne peut pas être poursuivie tant que dure la communauté. En effet elle n'est pas tenue personnellement; elle ne peut être recherchée que comme commune en biens, et elle ne le devient définitivement que par l'acceptation de la communauté. Alors seulement, l'enfant, si sa dot n'est pas encore payée, pourra poursuivre sa mère pour la moitié, et encore sauf le droit pour celle-ci d'opposer, s'il y a lieu, son bénéfice d'émolument.

L'art. 1439 ne prévoit pas le cas où le mari seul a constitué la dot en biens à lui propres; mais il nous donne à entendre par son silence sur ce point, et les principes généraux conduisent d'ailleurs à décider, que la dot ainsi constituée ne serait pas à la charge de la communauté, mais à la charge personnelle du mari, qui devrait seul la supporter définitivement. En constituant la dot sans le concours de la femme, le mari n'a pas pu engager personnellement celle-ci, et, en la constituant en biens à lui propres et non en biens de la communauté, il a manifesté l'intention de prendre la dot à sa charge exclusive. — On objecte que toute dette du mari est dette de la communauté (art. 1409-1° et 2°). Cette règle signifie seulement, comme nous l'avons vu, que toute dette du mari peut être poursuivie contre la communauté, mais non qu'elle doit rester définitivement à la charge de celle-ci.

On voit qu'il importe beaucoup de savoir si la dot constituée par le mari seul l'a été en biens communs ou en biens à lui propres; car, dans le premier cas, la dot est à la charge de la communauté, tandis que, dans le deuxième, elle est à la charge exclusive du mari. Or, si la dot a été constituée en argent, on devra la considérer comme constituée en biens de la communauté, soit parce que tout l'argent des époux appartient à la communauté, soit parce que, dans le doute, on doit supposer la constitution de dot faite dans les conditions les moins onéreuses pour le constituant.

2. *Dot constituée par la mère seule.*

158. Cette hypothèse n'est pas prévue spécialement par la loi; elle demeure donc régie par les principes généraux.

a. — En ce qui concerne la question de contribution, rien de plus simple. La dot constituée par la femme seule soit en biens personnels, soit en une somme d'argent, soit en biens de la communauté, demeure à sa charge exclusive. Il en est ainsi, même quand la dot a été constituée avec l'autorisation du mari; car, en se bornant à autoriser sa femme, sans prendre part lui-même à la constitution, le mari a bien manifesté l'intention de ne pas contribuer à la dot. Voyez toutefois l'art. 1427.

b. — En ce qui regarde la question d'obligation au paiement de la dot, il faut distinguer.

α. *La femme a agi avec l'autorisation du mari.* Si elle a constitué la dot en un bien propre, elle a pu valablement aliéner la pleine propriété de ce bien au profit de l'enfant. Si elle l'a constituée en une somme d'argent, le paiement en pourra être poursuivi sur la pleine propriété de ses biens personnels, et de plus sur les biens de la communauté et sur ceux du mari, sauf récompense contre la femme. Arg. art. 1419, auquel aucun texte n'a fait exception pour ce cas.

β. *La femme a agi avec l'autorisation de la justice.* Si la dot consiste en un bien propre de la femme, elle n'a pu en aliéner que la nue propriété. Si elle consiste en une somme d'argent, la communauté ni le mari ne pourront être forcés de payer (art. 1426). Voyez cependant l'art. 1427. La femme seule pourra donc être poursuivie, et encore sur la nue propriété seulement de ses biens personnels, l'usufruit, qui appartient à la communauté, n'ayant pu être engagé sans la volonté du mari (arg. art. 1413 et 1426).

3. *Lot constituée par le père et par la mère conjointement.*

159. L'art. 1438, relatif à cette hypothèse, s'exprime dans les termes suivants : « *Si le père et la mère ont doté conjointement l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer, ils sont censés avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des époux. — Au second cas, l'époux dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en dot, a, sur les biens de l'autre, une action en indemnité pour la moitié de la dite dot, eu égard à la valeur de l'effet donné, au temps de la donation* ».

Si, en dotant conjointement leur enfant commun, le père et la mère ont indiqué la part contributoire de chacun d'eux, s'il a été dit par exemple que le père dotait pour les trois quarts et la mère pour un quart, chaque époux n'est débiteur personnel de la dot que pour la portion indiquée au contrat, et ne devra la supporter définitivement que pour cette portion ; de telle sorte que, s'il a payé sur ses biens personnels au delà de la part pour laquelle il s'est engagé, il aura recours contre l'autre pour l'excédent.

Si les constituants n'ont rien précisé en ce qui concerne leurs parts respectives dans la constitution dotale, ils seront censés avoir doté chacun pour la moitié, et devront par suite supporter définitivement la dot par portions égales. En effet, l'obligation morale de doter un enfant commun pesant du même poids sur ses deux auteurs, on doit supposer, quand ils n'ont pas exprimé une volonté contraire, qu'ils

ont entendu contribuer pour portions égales à son acquittement. Telle est d'ailleurs la règle générale en matière d'obligation conjointe.

Ainsi chaque époux est *personnellement* débiteur de la portion indiquée au contrat ou, à défaut d'indication, de la moitié de la dot constituée conjointement à un enfant commun. Et il en est ainsi, dit la loi, » soit que la dot ait été *fournie* ou *promise* en effets de la communauté, » soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des époux ». Le tout, sauf les récompenses respectives.

La dot est *fournie* en biens personnels à l'un des époux, lorsqu'elle est *payée* en biens à lui propres. L'époux qui a fait ce paiement a droit à récompense contre l'autre pour sa part contributoire; car il l'a libéré d'une dette personnelle. Si c'est la communauté qui a fourni la dot, elle a droit à récompense contre chaque époux pour sa part contributoire. La femme, en renonçant à la communauté, ne se libérerait pas de l'obligation de payer cette récompense; car c'est un principe général que la renonciation de la femme ne la libère pas des récompenses qu'elle doit à la communauté. A moins cependant qu'il n'ait été stipulé, lors de la constitution, que la femme entendait n'être tenue de la dot que sur sa part dans la communauté et non sur ses biens personnels.

Tout ce qui vient d'être dit du cas où la dot constituée par le père et la mère aurait été *fournie* en biens propres à l'un d'eux ou en effets de la communauté, doit être appliqué au cas où cette dot aurait été *promise* en biens propres à l'un des constituants ou en biens de la communauté. Cette particularité n'empêche pas chaque constituant d'être personnellement débiteur de sa portion contributoire dans la dot, et par suite de devoir récompense pour cette part à son conjoint ou à la communauté dont le bien a été promis en dot. Ainsi le mari et la femme conjointement constituent en dot à un enfant commun un immeuble du mari valant 20,000 fr.; la femme devra au mari une récompense de 10,000 fr., somme égale à la moitié de la valeur de l'immeuble *au temps de la donation* (art. 1438), et sans qu'il y ait lieu de tenir compte des variations de valeur que l'immeuble a pu subir depuis.

Voilà les règles de la contribution. En deux mots, chaque époux doit définitivement supporter la dot pour la portion indiquée au contrat, et, à défaut d'indication, pour la moitié.

Voici maintenant les règles de l'obligation au paiement de la dot. La femme peut être poursuivie dans tous les cas sur ses biens personnels pour sa part contributoire dans la dot; elle peut même être poursuivie pour la totalité, si elle s'est obligée solidairement. La renonciation de la femme à la communauté n'apporterait aucune modification à ces règles (art. 1494). En outre, l'enfant doté peut poursuivre la communauté pour le tout; car la communauté est tenue de l'obligation du mari en vertu de l'art. 1409-2°, et de celle de la femme en vertu du même texte et de l'art. 1419. D'où il résulte que le mari peut être poursuivi, lui aussi, pour la totalité sur ses biens personnels; car toute dette de la communauté est dette du mari. Le tout, sauf les récompenses respectives.

160. Clause d'imputation sur la succession du prémourant des constituants. — On rencontre souvent, dans les constitutions de dot faites par les père

et mère au profit de leurs enfants, une clause ainsi conçue : « La présente dot s'imputera pour le tout sur la succession du prémourant des constituants » ; ou bien encore : « La présente dot est constituée pour le tout en avancement d'hoirie sur la succession du prémourant des constituants ».

Dire que la dot devra être imputée pour le tout sur la succession du prémourant des époux, c'est dire que la dot sera rapportée tout entière à cette succession, et par suite que le prémourant sera considéré comme étant seul donateur, puisque le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur (art. 850). On exprime exactement la même idée quand on dit que la constitution de dot est faite pour le tout en avancement d'hoirie sur la succession du prémourant des constituants. Les deux clauses dont il s'agit, ou plutôt les deux variantes qui viennent d'être rapportées, signifient donc que le prémourant des constituants sera considéré comme ayant constitué seul la dot tout entière, et que par suite cette dot sera supportée en entier par sa succession : ce qui permet au survivant, ainsi dégagé de toute contribution au paiement de la dot, de conserver sa fortune personnelle intacte. Les parents se montreront ainsi plus disposés à doter, puisque chacun d'eux n'aura pas à craindre, en cas de survie, de voir sa fortune personnelle diminuée. — Notre ancien droit autorisait cette clause, et c'est sans aucun fondement qu'on chercherait à soutenir qu'elle ne doit pas être considérée comme licite dans notre droit actuel.

161. La clause qui nous occupe, étant traditionnelle, doit être interprétée d'après la tradition.

Pendant la vie des constituants, il est impossible de savoir lequel des deux devra supporter définitivement la dot, puisque c'est le prémourant qui sera considéré comme étant seul donateur. Est-ce à dire que l'enfant doté sera obligé d'attendre la mort d'un de ses parents pour demander le paiement de sa dot? Non. Telle n'a pu être l'intention des constituants. L'enfant doté pourra donc obtenir le paiement de sa dot immédiatement ou à l'expiration du terme fixé par le contrat. Mais à qui le demandera-t-il? Si la dot a été constituée solidairement par le père et par la mère, l'un ou l'autre pourra être poursuivi pour le tout. Si la dot a été constituée conjointement sans expression de solidarité, chacun des constituants pourra être poursuivi pour la portion indiquée au contrat, ou à défaut d'indication pour la moitié, sauf règlement ultérieur des droits des constituants lorsque la condition de survie se sera réalisée. Chacun des constituants peut en effet être considéré comme donateur d'une moitié sous la condition résolutoire de sa survie, et comme donateur de l'autre moitié sous la condition suspensive de son prédécès. Ajoutons que, si les constituants sont mariés sous le régime de la communauté, la communauté et par suite le mari pourront être poursuivis pour la totalité, sauf récompense s'il y a lieu (v. *supra* n. 159). Cass., 13 novembre 1882, Sir., 83. 1. 289.

Voilà ce qui se passera pendant la vie des constituants. Après le décès de l'un d'eux, ce sera autre chose. Si la dot a été payée tout entière du vivant des constituants et sur les biens de celui qui est prédécédé, tout sera définitivement réglé. Au cas où elle aurait été payée en tout ou en partie par celui qui a survécu, ce dernier aura action contre la succession du prédécédé pour se faire rembourser. Si le paiement de la dot n'est pas encore effectué, l'enfant doté ne pourra le réclamer que contre la succession du prédécédé, qui, par l'événement, se trouve être seul débiteur.

Mais il faut prévoir une complication. La succession du prédécédé, ou la part revenant à l'enfant doté dans cette succession, est inférieure au montant de la dot; le survivant doit-il le complément? Par exemple, la dot constituée est de 20,000 fr., la succession du prédécédé, qui revient tout entière à l'enfant, seul héritier, ne contient que 15,000 fr. d'actif net; le survivant doit-il le surplus, soit 5,000 fr., en supposant que la dot ne soit pas encore payée? Tout dépend de la volonté des parties contrac-

tantes, qui devra être suivie toutes les fois que les termes de l'acte permettront de la découvrir, comme il arriverait par exemple si la dot a été constituée avec imputation sur la succession du prémourant des constituants *et subsidiairement sur celle du survivant*. Cass., 14 décembre 1885, Sir., 86. 1. 481 et la note. Dans le doute, il faudrait, ce semble, admettre que le survivant n'est aucunement tenu ; car la clause, interprétée suivant la tradition, signifie que chaque époux n'est débiteur que sous la condition résolutoire de sa survie. Donc le survivant ne doit rien. Et non seulement il n'est pas obligé de payer, si la dot est encore due, mais de plus, s'il l'a payée en tout ou en partie sur ses biens personnels, il a le droit de répéter ce qu'il a payé contre la succession du prédécédé. Mais nous croyons qu'il ne pourrait pas, en cas d'insuffisance de cette succession, agir en répétition contre l'enfant, car celui-ci n'a reçu que ce qui lui était dû. Il l'a reçu à la vérité de quelqu'un qui, par l'événement, se trouve n'en avoir jamais été débiteur; mais le paiement n'a pas été fait par erreur, ce qui exclut la répétition. Cpr. t. 2, n. 1342.

* **162.** Aux termes de l'art. 281 de la coutume de Paris : « Père et mère, en mariant leurs enfants, peuvent convenir que leurs dits enfants laisseront jouir le survivant de leurs dits père et mère des meubles et conquêts du prédécédé, la vie durant du survivant... ». Cette clause constitue un pacte sur succession future; et comme aucun texte de nos lois ne l'autorise, elle tomberait sous le coup de la prohibition générale formulée par les art. 791, 1130 et 1600. Mais cela n'empêcherait pas la constitution de dot, faite sous une semblable condition, d'être valable : la condition seule serait réputée non écrite aux termes de l'art. 900.

III. *De la garantie de la dot et des intérêts.*

163. Aux termes de l'art. 1440 : « *La garantie de la dot est due par » toute personne qui l'a constituée; et ses intérêts courent du jour du » mariage, encore qu'il y ait terme pour le paiement, s'il n'y a stipula- » tion contraire* ». Celui qui constitue la dot se dépouille à titre gratuit, car il ne reçoit rien comme contre-valeur de ce qu'il donne. D'après les règles du droit commun, il ne devrait donc pas la garantie. *Donator de evictione non tenetur*. Notre article l'en déclare tenu, sur le fondement d'une convention tacite. Et en effet, le mariage se concluant sur la foi des avantages qui sont assurés aux époux en vue de leur union, il a dû être dans la commune intention des parties que le constituant s'obligeât à la garantie, sans laquelle la constitution de dot pourrait n'être qu'un leurre.

Cela étant, le constituant pourrait se soustraire à l'obligation de garantie par une stipulation formelle. On ne peut admettre l'existence d'une convention tacite de garantie, en présence d'une clause expresse qui l'exclut. Même en supposant, ce qui n'est pas probable, que les mots « s'il n'y a stipulation contraire », qui terminent l'art. 1440, ne se rapportent qu'aux intérêts, la clause de non garantie demeurerait permise en vertu des principes généraux et par argument *a fortiori* de l'art. 1627, qui autorise cette clause en matière de vente.

Quand les parties n'ont fait aucune convention spéciale relativement à la garantie de la dot, les obligations du constituant en qualité de garant sont en principe les mêmes que celles d'un vendeur.

Le constituant doit donc la garantie, non seulement à raison de l'éviction totale ou partielle que pourra subir le donataire, mais aussi à raison des vices rédhibitoires dont seraient atteints les objets constitués en dot (arg. art. 1625).

164. Les intérêts de la dot courent de plein droit « du jour du ma- » riage, encore qu'il y ait terme pour le paiement », ajoute l'art. 1440. Autre dérogation au droit commun, d'après lequel les intérêts d'une créance de somme d'argent ne courent qu'à compter de la demande en justice (art. 1153), et qui reçoit la même explication que la précédente. Les charges du mariage commençant aussitôt après sa célébration, la loi suppose qu'il a été tacitement convenu entre les parties que les intérêts de la dot, destinés au soutien de ces charges, courraient à dater de la célébration. Et comme une convention semblable a la même raison d'être pour tous les fruits, de quelque nature qu'ils soient, que peuvent produire les biens constitués en dot, on doit en conclure que le donataire a droit à ces fruits à dater du jour du mariage. Le tout, sauf stipulation contraire.

Le terme fixé par la convention pour le paiement court du jour de la célébration du mariage, et non du jour de la constitution de dot; autrement la dot pourrait devenir exigible avant le mariage.

SECTION III

DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ, ET DE QUELQUES-UNES DE SES SUITES

165. La communauté doit nécessairement se dissoudre au plus tard avec le mariage dont elle est une suite; mais, comme elle n'en est pas une suite nécessaire, on conçoit qu'elle puisse se dissoudre avant.

Les causes de dissolution de la communauté sont énumérées par l'art. 1441, ainsi conçu : « *La communauté se dissout,* — 1° *par la mort* » *naturelle;* — 2° *par la mort civile;* — 3° *par le divorce;* — 4° *par la* » *séparation de corps;* — 5° *par la séparation de biens* ».

La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854; il n'y a donc plus à s'en préoccuper. Quant au divorce, on sait qu'après avoir été aboli par la loi du 8 mai 1816 il a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Nous n'en parlerons pas ici, le législateur s'en étant occupé ailleurs. Des trois causes qui restent, la première, la mort de l'un des époux, fera l'objet d'un paragraphe distinct; nous confondrons les deux autres, la séparation de corps et la séparation de biens, dans un second paragraphe, parce que ce ne sont pas en réalité deux causes distinctes, la séparation de corps ne produisant la dissolution de la communauté que parce qu'elle entraîne de plein droit la séparation de biens (art. 311).

A l'énumération que la loi donne des causes de dissolution de la communauté, il y a lieu d'ajouter deux termes :

1° En cas d'absence de l'un des époux, la communauté se dissout provisoirement par l'option de l'époux présent pour la dissolution de la communauté et définitivement par l'envoi en possession définitif. Cpr. t. I, n. n. 370 et 374;

2° La communauté se dissout encore par le jugement qui prononce la nullité d'un mariage putatif. On sait en effet que le mariage putatif, une fois annulé, peut être assimilé à un mariage valable dissous par le divorce. Cpr. t. I, n. 549.

§ I. *Dissolution de la communauté par la mort de l'un des époux.*

166. En mettant fin au mariage, la mort de l'un des époux, nous l'avons dit, met nécessairement fin à la communauté, qui n'en est qu'une conséquence. C'est la cause normale de dissolution de la communauté. Cpr. art. 1865-3°.

La loi impose à l'époux survivant, quel qu'il soit, l'obligation de faire dresser un inventaire fidèle, exact et régulier des biens communs, qui servira de base à la liquidation et au partage de la communauté. La sanction de cette obligation est écrite dans l'art. 1442, ainsi conçu : « *Le défaut d'inventaire après la mort naturelle ou civile de l'un* » *des époux, ne donne pas lieu à la continuation de la communauté; sauf* » *les poursuites des parties intéressées, relativement à la consistance des* » *biens et effets communs, dont la preuve pourra être faite tant par titres* » *que par la commune renommée. — S'il y a des enfants mineurs, le* » *défaut d'inventaire fait perdre en outre à l'époux survivant la jouis-* » *sance de leurs revenus; et le subrogé tuteur qui ne l'a point obligé à* » *faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condam-* » *nations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs* ».

Ce texte débute par une proposition qui paraît naïve à force d'être évidente : « Le » défaut d'inventaire ne donne pas lieu à la continuation de la communauté ». Qui donc en aurait douté? Pour en comprendre l'utilité, il faut savoir que, d'après les art. 240 et 241 de la coutume de Paris, qui formaient le droit commun de la France, l'obligation imposée à l'époux survivant de faire inventaire avait pour sanction la continuation de la communauté entre lui et les enfants mineurs de l'époux prédécédé. Dans l'impossibilité où ces enfants se trouvaient, par la faute du survivant, d'établir à l'aide d'un titre régulier la consistance de la communauté à l'époque du décès de leur auteur, on leur permettait (c'était une faculté pour eux) de soutenir que la communauté avait continué jusqu'au moment où il leur plaisait d'en demander le partage. Les continuations de communauté étaient dans la pratique la source d'une foule de difficultés et de procès. On les voyait surtout éclater, lorsque le survivant se remariait : il se formait alors une communauté dite *tripartite,* parce qu'elle appartenait pour parties égales : 1° aux enfants de l'époux prédécédé, 2° au survivant, 3° à son nouveau conjoint. Notre législateur a supprimé avec raison cette institution condamnée par une expérience séculaire, ou plutôt il l'a remplacée. Il nous reste à dire comment.

167. L'obligation imposée au survivant de faire inventaire reçoit aujourd'hui une triple sanction.

a. La première consiste dans le droit pour les *parties intéressées* (enfants mineurs ou autres, car la loi ne distingue pas) de faire preuve de la consistance des biens et effets communs non seulement par titres et par témoins, mais encore par la *commune renommée.* Que le survivant ne se plaigne pas des dangers auxquels l'expose l'emploi de ce mode de preuve tout à fait insolite, que nous avons déjà décrit (*supra* n. 106), c'est la juste peine de la faute qu'il a commise, en omettant de procurer aux intéressés le mode de preuve régulier et normal en cette matière, l'inventaire.

b. Le défaut d'inventaire fait perdre en outre de plein droit à l'époux survivant la jouissance, qui pourrait lui appartenir en vertu de l'art. 384 sur les biens de ses enfants mineurs. Cette déchéance s'applique, non seulement aux biens revenant aux enfants dans la communauté dissoute, comme héritiers de leur auteur décédé, mais aussi à ceux qui peuvent leur provenir d'une autre source. La loi dit en effet dans les termes les plus généraux que le survivant perd la jouissance *de leurs revenus.*

c. Le subrogé tuteur des enfants est tenu solidairement avec le survivant, investi, on le suppose, de la qualité de tuteur, de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs à raison du défaut d'inventaire, par exemple d'une condamnation à des dommages et intérêts. L'exécution de ces condamnations peut donc être poursuivie, soit contre le survivant, soit contre le subrogé tuteur; mais, si celui-ci est forcé de payer, il aura un recours contre le survivant, par rapport auquel il ne doit être considéré que comme caution, parce que la dette ne le concerne pas personnellement (arg. art. 1216).

L'intérêt du subrogé tuteur lui commande donc de veiller à ce que le survivant fasse inventaire; car c'est pour lui le seul moyen d'échapper à la responsabilité que lui inflige l'art. 1442. C'est précisément le but que la loi s'est proposé d'atteindre. Le subrogé tuteur doit d'ailleurs assister à l'inventaire; car il est *légitime contradicteur* dans l'intérêt des mineurs.

168. La loi omet de dire dans quel délai le survivant doit faire inventaire pour échapper aux rigueurs de l'art. 1442. Elle sous-entend sans doute que cette formalité devra être remplie dans le délai ordinaire, qui est accordé pour faire inventaire soit en matière de succession (art. 795), soit en matière de communauté (art. 1456 et 1465), c'est-à-dire dans le délai de trois mois à dater de la mort de l'époux, sauf prorogation par le juge; il est évident qu'un inventaire par trop tardif n'offrirait plus aucune garantie. La jurisprudence, bien qu'elle paraisse admettre le principe, n'est pas très ferme dans l'application; elle nous offre plusieurs exemples de décisions empreintes d'une certaine indulgence, parfois même de quelque faiblesse.

L'inventaire, fait après l'expiration du délai légal, a souvent été considéré comme satisfaisant aux exigences de la loi, quand le retard était peu considérable et que d'ailleurs aucun doute ne paraissait s'élever sur la bonne foi du survivant. Pau, 28 mars 1887, Dall. pér., 1887. 2. 166.

168 *bis*. L'art. 1442 prononce une peine civile contre le survivant des époux qui n'a pas fait inventaire et contre le subrogé tuteur qui ne l'y a pas contraint. C'est donc une disposition pénale, et à ce titre il comporte l'interprétation restrictive. Ecrit en vue de la communauté, il ne saurait être étendu au cas d'époux mariés sous un autre régime. Peu importe d'ailleurs que la communauté soit légale ou conventionnelle. Arg. art. 1528. L'article s'appliquerait même au cas de société d'acquêts jointe au régime dotal.

§ II. *Dissolution de la communauté résultant de la séparation de biens judiciaire.*

169. La séparation de biens *judiciaire,* par opposition à la séparation *contractuelle,* est une mesure destinée à sauvegarder la dot de la femme, mise en péril par la mauvaise administration du mari. Elle a pour effet de dissoudre la communauté et de restituer à la femme la libre administration et la jouissance de ses biens. La situation des époux devient alors à peu près la même que s'ils avaient stipulé dans leur contrat de mariage l'adoption du régime de la séparation de biens.

La faculté accordée à la femme d'obtenir la séparation de biens, constitue, on le voit, une dérogation grave au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est surtout sous le régime de la communauté, qui confère au mari des pouvoirs très étendus, que le besoin de cette dérogation se faisait sentir, et on s'explique ainsi que le législateur ait organisé la séparation de biens judiciaire dans le chapitre où il traite de la communauté. Mais il ne faut pas en conclure que ce remède soit spécial au régime de la communauté. Le législateur l'a créé en vue d'une *situation,* le péril de la dot, et non en vue d'un *régime.* Le remède sera donc applicable, toutes les fois que la situation se présentera, quel que soit d'ailleurs le régime. Il y en a une disposition expresse pour la femme mariée sous le régime dotal (art. 1563) et pour celle mariée sous le régime de non communauté (art. 1531), et si nous manquons de texte pour la femme séparée de biens contractuellement, c'est probablement parce qu'on peut difficilement concevoir que, sous ce régime, le mauvais état des affaires du mari mette la dot de la femme en péril ; mais si cette éventualité se réalisait, le secours de la séparation judiciaire ne nous paraîtrait pas, quoi qu'on en ait dit, devoir être refusé à la femme.

N° 1. Par qui la séparation de biens peut être demandée.

170. Aux termes de l'art. 1443 : « *La séparation de biens ne peut être* » *poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et* » *lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les*

» *biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et* » *reprises de la femme. — Toute séparation volontaire est nulle* ».

La séparation judiciaire ne peut donc être demandée que par la femme, jamais par le mari. C'est une mesure prise contre lui; comment pourrait-il en solliciter l'application? On s'étonne qu'il ait fallu certains efforts pour faire triompher définitivement ce principe dans notre ancien droit.

La séparation de biens doit nécessairement être demandée à la justice, qui seule a qualité pour la prononcer; elle ne pourrait donc pas résulter d'une convention entre les époux. Ainsi l'exigeait le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. L'art. 870 C. pr. ne fait que déduire une conséquence de ce principe, lorsqu'il oblige la femme à établir les faits, sur lesquels sa demande est fondée, par des preuves indépendantes de l'aveu du mari. Autrement les époux auraient pu facilement, en se concertant à l'avance, éluder la règle qui leur défend d'arriver à la séparation de biens par leur consentement mutuel.

171. Une femme, qui a formé une demande en séparation de biens, vient à mourir, avant que la demande ait reçu une solution définitive. Ses héritiers pourront-ils continuer l'instance, en vue de faire prononcer la séparation? Oui, s'ils y ont intérêt; c'est le droit commun. On apercevrait cet intérêt, en supposant par exemple que des valeurs mobilières sont échues par succession à la femme depuis l'introduction de la demande. En effet, si les héritiers réussissent à obtenir un jugement prononçant la séparation, ce jugement produisant un effet rétroactif au jour de la demande, la communauté sera réputée dissoute à dater de cette époque, et par suite les valeurs mobilières échues à la femme en seront exclues : les héritiers les reprendront donc comme propres à la femme. Leur intérêt pourrait encore consister dans l'annulation des actes faits par le mari durant la litispendance.

Le droit, que nous venons de reconnaître aux héritiers de la femme après le décès de celle-ci, appartiendrait aussi sans difficulté à ses créanciers.

172. Les créanciers de la femme pourraient-ils, *du vivant de celle-ci,* et en supposant qu'elle refusât d'agir elle-même, former une demande en séparation de biens de son chef, par application de l'art. 1166? Les principes généraux auraient conduit à résoudre cette question dans le sens de l'affirmative; car il s'agit d'un droit essentiellement pécuniaire, destiné qu'il est à sauvegarder la dot de la femme, et les droits de ce genre peuvent en général être exercés par les créanciers. Cpr. t. II, n. 913. Mais la loi déroge ici à ce principe. Aux termes de l'art. 1446 al. 1 : « *Les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son* » *consentement, demander la séparation de biens* ». La raison en est qu'une semblable demande est de nature à jeter le trouble et la discorde entre les époux. Si la femme préfère sacrifier sa dot à la paix de son ménage, il ne faut pas que d'avides créanciers, poussés par le seul appât du gain, puissent venir paralyser le généreux élan qui la guide. Voilà pourquoi la loi ne permet aux créanciers d'agir qu'avec le consentement de la femme.

Toutefois il devait y avoir une limite aux sacrifices que la paix du ménage permet d'imposer aux créanciers. L'art. 1446 dit dans sa partie finale : « *Néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari,* » *ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du* » *montant de leurs créances* ». Cette disposition quelque peu obscure ne signifie pas que la faillite ou la déconfiture du mari entraîne de plein droit la séparation de biens, et par suite la dissolution de la communauté ; elle ne signifie pas non plus que les créanciers de la femme puissent, audit cas de faillite ou de déconfiture du mari, demander en justice la séparation de biens du chef de la femme sans le consentement de celle-ci, pour exercer ensuite, dans la mesure de leurs créances, les droits qui lui appartiennent. La loi veut dire qu'en cas de faillite ou de déconfiture du mari la séparation de biens est, par une fiction de droit, réputée prononcée, et par suite la communauté réputée dissoute à l'égard des créanciers de la femme : ce qui leur permet d'exercer, dans la mesure de leurs créances, les droits que la femme elle-même pourrait exercer si la communauté était réellement dissoute (1).

Mais, dans les rapports des époux entre eux, la communauté subsiste, tant qu'elle n'a pas été dissoute par la mort ou par la séparation de corps ou de biens ; et, lorsque l'un de ces événements se produira, la femme pourra exercer ses droits en toute indépendance, sous la déduction toutefois de ce que ses créanciers ont pris en exerçant ses droits de son chef : autrement il y aurait double emploi.

N° 2. Pour quelles causes la séparation de biens peut être prononcée.

173. Il n'y a qu'une seule cause de séparation de biens, le péril de la dot. Ce péril peut résulter de la mauvaise administration du mari, ou plus généralement du désordre qui existe dans ses affaires, quelle qu'en soit la cause.

Quand, après avoir mentionné le péril de la dot, le législateur ajoute : « *et lors-* » *que le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci* » *ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme* » (art. 1443), il n'entend pas indiquer une deuxième cause de séparation de biens distincte de la première, mais seulement développer et expliquer ce qu'il vient de dire relativement au péril de la dot. En effet les *droits et reprises* de la femme commune en biens représentent une partie de sa dot, c'est-à-dire des biens qu'elle a apportés (art. 1540), en ce sens qu'ils ont pour but d'en assurer la reconstitution à son profit lors de la dissolution de l'association conjugale ; et par conséquent l'art. 1443 équivaut à ceci : Il y a lieu à la séparation de biens lorsque la dot est en péril, et ce péril existe principalement lorsque le mauvais état des affaires du mari donne lieu de craindre que la femme ne puisse pas recouvrer plus tard la partie de sa dot qui est représentée par

(1) La jurisprudence reconnaît bien aux créanciers de la femme, dont le mari est en faillite ou en déconfiture, le droit de faire liquider les reprises de leur débitrice pour les exercer en son lieu et place, mais non celui de faire liquider la communauté pour se faire payer sur la part revenant à la femme supposée acceptante. Nous ne voyons aucune bonne raison pour justifier cette distinction.

ses *droits et reprises*. Ces expressions paraissent désigner la partie de la fortune de la femme qui se présente sous la forme d'une créance contre le mari ou la communauté, par exemple la récompense due à la femme pour le prix de son propre aliéné, qui a été touché par la communauté.

174. Bien que la question de savoir si la dot est en péril soit principalement une question de fait, dont la solution rentre dans le domaine souverain du juge, nous indiquerons ici les principaux cas dans lesquels cette condition paraît exister. La dot est en péril :

1° Lorsque, par suite du désordre des affaires du mari, ses biens sont devenus ou menacent de devenir insuffisants pour garantir à la femme la restitution de ceux de ses apports mobiliers dont elle s'est réservé, même éventuellement, la reprise, ou le paiement des indemnités qui lui sont dues soit par son mari, soit par la communauté, notamment à raison de l'aliénation de ses propres ou de dégradations provenant du chef du mari ;

2° Lorsque le mari a notablement entamé les valeurs qui sont entrées dans la communauté du chef de la femme, de telle sorte que la part qu'elle avait le droit d'espérer dans la communauté se trouve sensiblement réduite, et inférieure à son apport.

3° Quand le mari dissipe les revenus de la dot de sa femme (Toulouse, 10 mai 1884, Sir., 84. 2. 184). La dot est ici en péril quant aux revenus, qui ne reçoivent pas la destination spéciale à laquelle ils ont été affectés : le soutien des charges du mariage. Elle peut même se trouver ainsi compromise indirectement quant au capital ; car, si les revenus sont détournés de leur destination, il faudra peut-être un jour sacrifier le capital de la dot pour faire face aux dépenses que les revenus devaient couvrir. — Au cas où le mari dissipe les revenus de la dot, il y aurait lieu d'assimiler celui où il dissiperait les produits du talent ou de l'industrie de sa femme ; ce talent ou cette industrie peuvent en effet être considérés comme une dot *lato sensu*. Paris, 2 juillet 1878, Sir., 78. 2. 199, et tribunal de l'empire d'Allemagne, 22 janvier 1886, Sir., 88. 4. 1.

174 *bis*. L'interdiction judiciaire du mari est-elle une cause de séparation de biens ? Le péril de la dot n'apparaît guère, si, comme il arrivera le plus souvent, la femme a été nommée tutrice de son mari interdit ; en tous cas le péril viendrait du fait de la femme, et il ne pourrait qu'être aggravé par la séparation de biens qui confèrera à la femme des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui appartiennent déjà comme tutrice. S'il a été nommé au mari un tuteur autre que la femme, c'est probablement parce que la femme n'avait pas les qualités requises pour administrer, et alors la séparation de biens, qui restituera à la femme une administration dont le conseil de famille a cru devoir la priver, apparaît comme une mesure plus dangereuse que profitable à la cause de la dot. D'ailleurs, en supposant que le tuteur compromette les intérêts de la femme, ce qui arrivera rarement, grâce aux garanties dont la loi entoure l'administration tutélaire, la femme peut provoquer son remplacement (arg. art. 446). La dot n'est donc pas en péril ; tout au moins le péril peut être conjuré.

Nous concluons que l'interdiction judiciaire du mari n'est pas une cause de séparation de biens. Il importe peu que la loi fasse de l'interdiction une cause de dissolution de plein droit des sociétés (art. 1865-4°). Cette disposition, évidemment, n'est pas applicable à la société conjugale, et la question de savoir si l'interdiction est une cause de séparation de biens est toute différente et doit être résolue d'après d'autres principes. En ce sens, Amiens, 18 août 1882, Sir., 82. 2. 222. Nous en dirions autant pour les mêmes motifs de l'interdiction légale, sauf le droit pour la femme de demander le divorce ou la séparation de corps (arg. art. 232 C. civ. et 29 C. pén.).

La femme peut concevoir des craintes légitimes au sujet de sa dot, si son mari est fou sans être interdit. Quelques auteurs en ont conclu que la folie du mari, à raison du seul danger qu'elle fait courir à la femme et indépendamment de tout acte qui aurait compromis la dot, est une cause de séparation de biens. Nous doutons que cette solution soit exacte. Le fou *doit* être interdit (art. 489), et, l'interdiction une fois prononcée, le péril de la dot sera conjuré comme nous venons de le démontrer. Il y a d'autant plus lieu de repousser la séparation de biens, qu'elle peut, à la différence de l'interdiction, créer une situation irrémédiable pour le mari. La justice peut en effet lever l'interdiction quand ses causes ont cessé, tandis qu'elle ne pourrait pas rétablir la communauté dissoute par la séparation de biens; le rétablissement de la communauté ne pourrait avoir lieu qu'avec le consentement de la femme (art. 1451).

Quant à l'état de contumace du mari, nous croyons que la question de savoir s'il constitue ou non une cause de séparation de biens, est une question de fait, dont la solution appartient au juge. Y a-t-il oui ou non péril de la dot. Toute la question est là, et il semble impossible de la résoudre *a priori*.

175. Il n'est pas nécessaire, pour que la femme puisse obtenir la séparation de biens, que la situation de fortune de son mari soit irrémédiablement compromise; autrement le remède, appliqué trop tard, serait inefficace; il suffit que le mari marche vers sa ruine, *sufficit si vergat ad inopiam*. Il n'est pas nécessaire non plus que les droits, qu'il s'agit de sauvegarder par la séparation de biens, existent dès actuellement; il suffit qu'ils soient espérés. C'est ainsi que la femme pourrait demander la séparation de biens, pour empêcher de tomber dans la communauté une succession mobilière qui est sur le point de lui échoir, et que le mari dissiperait comme il a dissipé déjà son propre patrimoine. Enfin il importe peu que le désordre des affaires du mari soit la conséquence de sa faute, de son inconduite par exemple, ou seulement de sa faiblesse, s'il n'a pas su mettre un frein aux prodigalités de sa femme, ou bien de circonstances malheureuses, qui peuvent atteindre les hommes les plus habiles et les plus prudents. La loi ne distingue pas, et par conséquent dans tous les cas la séparation peut être demandée par la femme.

Mais la femme ne pourrait pas obtenir la séparation sur ce fondement, que les biens de son mari sont insuffisants pour la couvrir de ses reprises, si cette insuffisance existait déjà lors du mariage et que depuis lors rien de nouveau ne fût survenu dans sa situation.

N° 3. Procédure de la demande en séparation de biens.

176. La femme ne peut pas former une demande en séparation de biens sans autorisation. Mais, contrairement aux règles du droit commun, l'autorisation, au lieu d'être donnée par le mari et à son défaut par la justice, c'est-à-dire par le tribunal tout entier, doit émaner du président du tribunal. A cet effet, la femme lui adresse une requête (C. pr. art. 865). Le président du tribunal a le droit de faire à la femme les observations qu'il juge convenable; mais, si elle persiste, il est obligé de délivrer l'autorisation qu'elle sollicite (même article).

La demande en séparation de biens se forme par exploit d'ajournement, sans pré-

liminaire de conciliation (C. pr. art. 49-7°). Le tribunal compétent pour en connaître est le tribunal du domicile du mari. La demande doit, à peine de nullité, être rendue publique dans les formes prescrites par les art. 866 à 869 du code de procédure civile. Cette publicité est principalement requise dans l'intérêt des tiers, qui entreront en relations d'affaires avec le mari pendant le cours de l'instance ; leurs droits en effet sont menacés par la rétroactivité attachée au jugement (art. 1445). Elle a aussi pour but d'avertir les créanciers du mari, qui peuvent avoir intérêt à exercer le droit d'intervention dont il sera parlé tout à l'heure.

Le législateur, dans toute cette matière, paraît surtout préoccupé de la crainte que la séparation de biens ne soit demandée et obtenue en fraude des droits des créanciers du mari. Il paraît que c'était là le principal usage que l'on en faisait autrefois : au dire de nos anciens, la séparation de biens était souvent employée dans la pratique pour servir d'*épouvantail* aux créanciers du mari. L'énergie des mesures édictées par notre législateur n'a pas fait disparaître la fraude ; mais elle l'a rendue plus rare, par cela même qu'elle l'a rendue plus difficile.

176 *bis*. Etudions ces diverses mesures.

177. *a*. La première consiste dans le droit d'intervention accordé aux créanciers du mari. « *Ils peuvent même intervenir dans l'instance sur la demande en séparation* « *pour la contester* », dit l'art. 1447 *in fine;* et, comme il faut donner aux interventions le temps de se produire, l'art. 869 C. pr. décide que le jugement sur la demande en séparation ne pourra pas être prononcé avant l'expiration du délai d'un mois à dater du jour où les formalités de publicité prescrites par la loi ont été remplies.

Pour empêcher la séparation de biens d'être prononcée, il ne suffit pas aux créanciers intervenants de prouver que cette mesure leur préjudiciera ; il faut qu'ils prouvent que la dot de la femme n'est pas en péril. Le droit d'intervention est surtout utile aux créanciers pour démasquer les fraudes que le législateur redoute.

178. *b*. Aux termes de l'art. 1447, 1re partie : *Les créanciers du mari peuvent* » *se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude* » *de leurs droits* ». A cet effet, la voie de la tierce opposition leur est ouverte. La loi accorde aux créanciers, contre les fraudes que les époux pourraient tenter de commettre à leur encontre, un moyen *préventif,* l'intervention, et un moyen *répressif,* la tierce opposition.

La séparation est *prononcée* en fraude des droits des créanciers, lorsque, par suite d'une collusion frauduleuse entre les époux, elle a été obtenue alors que la dot n'était pas en péril et que le désordre des affaires du mari n'était qu'apparent. Elle est *exécutée* en fraude de leurs droits, lorsque, après une séparation prononcée à bon droit, le mari et la femme ont procédé à une liquidation frauduleuse. La fraude peut principalement résulter, soit de l'exagération calculée des reprises de la femme, par exemple si, ces reprises ne s'élevant en réalité qu'à 20,000 fr., on les a portées à 30,000 fr., soit de l'attribution volontairement faite à la femme, à titre de paiement, de biens du mari ayant une valeur supérieure au montant de ses reprises, par exemple si le mari a donné à la femme, en paiement de ses reprises, dont le chiffre s'élève à 20,000 fr., un immeuble qui a été estimé cette somme et qui vaut en réalité le double.

L'art. 873 du code de procédure civile restreint à la durée d'une année le délai accordé aux créanciers du mari pour agir par voie de tierce opposition. Le droit commun leur aurait accordé trente ans. La loi n'a pas voulu que l'état de la femme et les droits du mari pussent être soumis à une aussi longue incertitude.

179. *c*. Toujours dominée par la crainte des séparations frauduleuses, la loi exige, à peine de nullité, que le jugement de séparation reçoive dans un délai très bref, celui de quinzaine, une exécution soit volontaire, soit forcée, ou tout au moins

un commencement d'exécution. En effet, si la séparation est sérieuse, la femme doit s'empresser de la faire exécuter. L'art. 1444 dit à ce sujet : « *La séparation de biens, » quoique prononcée en justice, est nulle si elle n'a point été exécutée par le paiement » réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique, jusqu'à con- » currence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la » quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis* ».

L'exécution volontaire consiste dans le paiement des droits et reprises de la femme jusqu'à concurrence des biens du mari. La loi veut que ce paiement soit constaté par acte authentique; un acte sous seing privé, même enregistré, ne suffirait donc pas. Bordeaux, 7 novembre 1877, Sir., 78. 2. 72.

Il y a quelques difficultés, vu le silence de la loi, sur le point de savoir quels sont, à défaut d'exécution volontaire, les actes de *poursuite* que la femme doit accomplir dans le délai de quinzaine pour satisfaire aux exigences de l'art. 1444. La jurisprudence paraît, sur ce point, assez disposée à l'indulgence. Ainsi la cour de cassation considère comme suffisante la signification du jugement. Il nous paraîtrait prudent d'y ajouter des actes d'un caractère un peu moins douteux, par exemple un commandement d'exécuter le jugement, une sommation adressée au mari de se présenter dans l'étude d'un notaire pour procéder à la liquidation des reprises de la femme.

Le délai de quinzaine court à dater de la prononciation du jugement (art. 1444), et non à dater de la signification; autrement il dépendrait de la femme de reculer indéfiniment le point de départ du délai, en négligeant de signifier le jugement. Si le mari a interjeté appel, le délai de quinzaine ne pourra courir qu'à dater de l'arrêt confirmatif.

Le délai de quinzaine une fois expiré, la femme devra continuer ses poursuites sans interruption (art. 1444). Ce sera dans chaque espèce une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par le juge, que celle de savoir si les poursuites ont ou non été interrompues. Cass., 18 août 1884, Sir., 88. 1. 23.

180. La loi, qui, dans l'intérêt des tiers, a exigé la publicité de la demande en séparation de biens, prescrit aussi, dans le même but, la publicité du jugement qui la prononce. L'art. 1445 al. 1 du code civil dit à ce sujet : « *Toute séparation de » biens doit, avant son exécution, être rendue publique par l'affiche sur un tableau » à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de première instance, et de plus, » si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de com- » merce du lieu de son domicile; et ce, à peine de nullité de l'exécution* ».

Ce texte a été modifié, en ce qui concerne le mari non commerçant, par l'art. 872 du code de procédure civile, qui exige l'affiche du jugement dans l'auditoire du tribunal de commerce, « même lorsqu'il [le mari] ne sera pas négociant ». L'exécution du jugement serait entachée de nullité, s'il y avait été procédé avant l'accomplissement des formalités dont il vient d'être parlé (C. civ. art. 1445, et C. pr. art. 872).

N° 4. Effets du jugement qui prononce la séparation de biens.

181. Le jugement qui prononce la séparation de biens produit des effets dans le passé et dans l'avenir.

A. *Dans le passé.*

182. Aux termes de l'art. 1445 *in fine* : « *Le jugement qui prononce » la séparation de biens, remonte, quant à ses effets, au jour de la » demande* ».

La rétroactivité du jugement de séparation de biens était nécessaire pour assurer à la femme une protection efficace; autrement sa ruine,

commencée avant la demande, aurait souvent été consommée pendant le cours de l'instance.

L'effet rétroactif du jugement qui prononce la séparation de biens a lieu tant à l'égard des tiers qu'entre les époux : c'est du moins ce que l'on peut induire, presque avec certitude, des art. 866 à 869 C. pr., relatifs à la publicité de la demande en séparation de biens, cette publicité ayant certainement pour but principal de mettre les tiers à même de se prémunir contre les effets de la rétroactivité qui les menace. De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

1° La communauté est réputée dissoute à dater du jour de la demande, et doit être liquidée dans l'état où elle se trouvait alors;

2° La femme a droit, à compter de la demande, à la restitution des fruits de ses propres, comme aussi aux intérêts de la dot mobilière dont elle s'est réservé la reprise en argent : le tout, sous la déduction de sa part contributoire dans les charges du mariage;

3° Les biens mobiliers, acquis par la femme ou par le mari à titre de succession ou de donation pendant le cours de l'instance en séparation de biens, ne tombent pas dans la communauté, mais demeurent propres à l'époux qui en a fait l'acquisition ;

4° Les actes de disposition, par exemple les ventes d'immeubles, accomplis par le mari relativement aux biens de la communauté durant la litispendance, ne sont pas opposables à la femme. Il en est de même, en principe, des obligations contractées par le mari pendant cette même période : les créanciers qui ont traité avec lui ne pourraient pas, au préjudice de la femme, poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté.

Mais, comme il est de toute nécessité que les biens personnels de la femme et ceux de la communauté soient administrés pendant le cours de l'instance, et qu'il est impossible en l'absence d'un texte d'attribuer cette administration à la femme, on doit en conclure qu'elle reste au mari. Par suite, les actes qu'il accomplit dans la limite des pouvoirs d'un administrateur ordinaire, sont opposables à la femme, sauf le droit pour celle-ci de les faire annuler, en prouvant qu'ils ont été faits en fraude de ses droits, surtout si ceux qui ont traité avec le mari avaient été complices de la fraude.

183. On sait que la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens (art. 311). Il est certain que le jugement qui prononce une séparation de corps ne rétroagit pas en ce qui concerne ses effets relatifs à la personne des époux; rétroagit-il en ce qui concerne les effets relatifs à leurs biens ? En d'autres termes, la séparation de biens, résultant accessoirement d'un jugement qui prononce une séparation de corps, rétroagit-elle au jour de la demande ?

Tout dépend, à notre avis, du point de savoir si la disposition de l'art. 1445 al. 2, édictant la rétroactivité du jugement de séparation de biens, est l'application d'une règle de droit commun, ou si au contraire elle constitue une exception à ce droit

commun. Si c'est une application des règles du droit commun, il faudra l'étendre par analogie à la séparation de corps ; si au contraire c'est une exception aux règles du droit commun, il faudra la restreindre au cas spécialement prévu par la loi, et nous dirons alors que le jugement qui prononce une séparation de corps ne produit aucun effet rétroactif, pas plus quant aux biens que quant aux personnes.

C'est cette dernière solution qui nous paraît devoir être admise. En effet, si la rétroactivité s'attache naturellement aux jugements qui ne font que consacrer des droits préexistants, le juge se bornant en pareil cas à reconnaître l'existence du droit réclamé à l'époque de la demande, on comprend qu'il doive en être autrement, en principe, des jugements qui établissent un ordre de choses nouveau, qui créent une situation nouvelle pour les parties. De ce nombre sont les jugements qui prononcent une séparation de corps ou une séparation de biens ; dans le silence de la loi, ni les uns ni les autres n'auraient produit d'effet rétroactif. Or la loi n'édicte la rétroactivité que pour les jugements prononçant une séparation de biens ; donc ceux qui prononcent une séparation de corps demeurent régis par le droit commun, c'est-à-dire qu'ils ne produisent pas d'effet rétroactif.

Il est vrai que le jugement qui prononce la séparation de corps emporte de plein droit la séparation de biens ; mais il ne la prononce pas, et par conséquent il ne rentre pas dans les termes de l'art. 1445 al. 2, d'après lequel la rétroactivité est attachée au jugement qui *prononce* une séparation de biens.

L'induction, que nous tirons des termes de la loi civile, est fortifiée par le code de procédure civile. L'art. 880 de ce code ordonne la publication du *jugement* qui prononce la séparation de corps, mais il n'ordonne pas celle de la *demande,* à la différence de ce qui a lieu pour la séparation de biens, donnant ainsi à entendre qu'il est inutile d'informer les tiers de la demande en séparation de corps, parce qu'ils n'ont pas à craindre, comme en matière de séparation de biens, la rétroactivité du jugement à intervenir.

D'ailleurs, l'art. 243 (anc. art.271), relatif au divorce, il est vrai, mais l'un de ceux dont l'application à la séparation de corps paraît le moins douteuse, suppose bien que le jugement qui prononce un divorce ne produit pas d'effet rétroactif, puisqu'il dispose que les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté et les aliénations par lui faites d'immeubles qui en dépendent, pendant le cours de l'instance en divorce, ne doivent être déclarées nulles qu'au cas de fraude.

Enfin, les motifs qui ont fait admettre la rétroactivité du jugement de séparation de biens, ne se rencontrent plus, tout au moins au même degré, en matière de séparation de corps. Nous l'avons dit, sans la rétroactivité que le législateur y a attachée, la séparation de biens aurait été le plus souvent pour la femme un secours illusoire. Il s'agit de sauver la dot, qui est en péril, qui est peut-être entamée au moment où la femme se résigne à la douloureuse extrémité d'une demande en séparation de biens, et qui serait presque toujours engloutie pendant la durée de l'instance, n'était l'effet rétroactif attaché au jugement. Il s'agit de tout autre chose dans la séparation de corps : c'est la vie commune qui est devenue intolérable et qu'on veut faire cesser ; à quoi bon la rétroactivité ? On objectera peut-être que la dot de la femme qui plaide en séparation de corps peut aussi être en péril, et qu'alors le besoin de la rétroactivité du jugement qui prononcera la séparation de corps se fait sentir. Il faut répondre que la femme doit dans ce cas joindre à sa demande en séparation de corps une demande principale en séparation de biens, et alors elle obtiendra, si elle triomphe sur ce deuxième chef, l'effet rétroactif qu'elle ambitionne.

D'après la jurisprudence la plus récente, la séparation de biens résultant d'un jugement de séparation de corps rétroagit quant à ses effets, dans les rapports des époux entre eux, mais non dans leurs rapports avec les tiers. Cass., 18 juin 1877, Sir., 77. 1. 406 ; Lyon, 16 juillet 1881, Sir., 82. 2. 237.

L'effet rétroactif ne remonte qu'au jour de la demande, et non au jour de l'ordonnance du président autorisant la femme à procéder sur sa demande (Bordeaux 23 novembre 1880, Sir., 81. 2. 76), ni à plus forte raison au jour de la requête adressée au président. Trib. de Troyes, 10 août 1881, Sir., 81. 2. 220.

B. *Dans l'avenir.*

184. Nous venons de voir quels effets le jugement de séparation de biens produit dans le passé ; nous avons à rechercher maintenant ceux qu'il produit dans l'avenir. Ils sont indiqués par l'art. 1449, ainsi conçu : « *La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en* » *reprend la libre administration. — Elle peut disposer de son mobilier,* » *et l'aliéner. — Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement* » *du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus* ».

Ce n'est pas seulement l'administration de ses biens que la femme séparée reprend, mais aussi la jouissance, quoique la loi ne le dise pas.

185. A. *Administration.* La femme séparée de biens a capacité pleine et entière pour tous les actes qui rentrent dans l'administration de son patrimoine ; aucune autorisation ne lui est nécessaire pour les accomplir. C'est une dérogation au droit commun, qui ne permet pas à la femme d'agir sans l'autorisation de son mari ou de la justice. Cpr. t. I, n. 645.

La loi donne la qualification de *libre* à l'administration de la femme séparée de biens, et elle entend désigner par cette expression un droit d'administration très étendu, — plus étendu que celui qui appartient à un administrateur ordinaire du bien d'autrui, par exemple au tuteur sur les biens de son pupille et au mari lui-même sur les biens de sa femme, ce qui est tout naturel, car c'est son propre bien que la femme administre ; — plus étendu aussi que celui dont jouit le mineur émancipé, qui administre également ses propres biens, et que la loi n'autorise cependant à accomplir que les actes de *pure administration* (art. 484).

186. La femme séparée de biens peut, en vertu de son droit d'administration :

a. — Donner à bail ses immeubles pour neuf ans au plus (arg. art. 1429, 1430 et 1449 al. 3).

b. — Toucher tous ses revenus et en donner quittance.

c. — Recevoir, et aussi poursuivre par voie d'exécution, le remboursement de ses capitaux mobiliers, et en donner décharge, avec mainlevée des inscriptions hypothécaires prises pour en assurer le paiement. Sur ce point, la capacité de la femme séparée est plus étendue que celle du mineur émancipé. Cpr. art. 482.

d. — Placer ses fonds, et par conséquent faire au comptant toute

espèce d'acquisitions soit de meubles, soit d'immeubles. V. cep. Cass., 2 décembre 1885, Sir., 86. 1. 97. Les placements en rentes viagères ne nous paraîtraient même pas excéder les limites de la capacité de la femme séparée, mais ce point est contesté. Peu importe d'ailleurs que les fonds dont la femme opère le placement proviennent des économies faites sur ses revenus ou du remboursement de ses capitaux.

e. — « Disposer de son mobilier, et l'aliéner », au moins à titre onéreux.

Sur ce point, comme d'ailleurs sur le précédent, l'art. 1449 se trouve en conflit avec l'art. 217, qui déclare la femme, même séparée de biens, incapable d'aliéner et d'acquérir à titre gratuit ou onéreux sans autorisation. Il faut bien admettre que l'art. 1449 est venu déroger dans une certaine mesure à l'art. 217.

Le mot *mobilier* doit être pris dans son sens le plus large, comme désignant tout ce qui n'est pas immeuble (arg. art. 535). La femme séparée de biens peut donc aliéner ses meubles incorporels, aussi bien que ses meubles corporels, au moins à titre onéreux; et, comme les termes de la loi ne contiennent aucune restriction, il faut en conclure que les aliénations faites par la femme seraient valables, alors même qu'elles excèderaient les besoins de son administration.

La jurisprudence paraît incliner cependant vers la solution contraire. Elle semble considérer les aliénations de mobilier, faites par la femme, comme n'étant valables qu'autant qu'elles sont nécessitées par les besoins de son administration. Mais cette solution, qui laisse au juge le droit de maintenir ou d'annuler plus ou moins arbitrairement les aliénations de mobilier faites par la femme, a en outre l'inconvénient de tendre un piège dangereux à la bonne foi des acquéreurs. Comment sauront-ils en effet si l'aliénation que fait la femme est ou non commandée par les besoins de son administration ?

La femme séparée de biens peut-elle aussi, sans autorisation, aliéner son mobilier à titre gratuit par donation entre vifs ? L'affirmative est admise par quelques auteurs, qui argumentent surtout des termes de l'art. 1449 al. 2 : « Elle peut disposer de son mobilier, et l'aliéner ». Le mot *disposer,* dit-on, que la loi place à côté du mot *aliéner,* ne peut avoir de sens qu'autant qu'il se réfère aux aliénations à titre gratuit. Le texte signifie donc que la femme séparée peut aliéner son mobilier soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit. — Cet argument n'est pas aussi décisif qu'il le paraît. Le mot *aliéner* est souvent employé par le législateur pour désigner les aliénations à titre onéreux seulement, notamment dans l'art. 217; et, quant au mot *disposer,* il peut fort bien se référer à l'aliénation par voie de transaction, que la loi a peut-être cru nécessaire de mentionner ici d'une manière spéciale, parce que la faculté de disposer du mobilier à titre onéreux n'emporte pas toujours le droit d'en disposer par voie de transaction (v. notamment art. 467). Le texte de la loi laisse donc au moins place à un doute; or dans le doute c'est le droit commun qui doit être appliqué, car un texte clair et formel est nécessaire pour y déroger. Quel est ici le droit commun ? Il est contenu dans les art. 217 et 905, qui formulent en termes absolus le principe, que la femme, même séparée de biens, ne peut faire sans autorisation aucune donation entre vifs soit de meubles, soit d'immeubles, car la loi ne distingue pas. D'ailleurs, on ne voit pas quels motifs auraient pu porter le législateur à déroger ici au droit commun. Que la loi ait permis à la femme séparée de biens d'aliéner son mobilier à titre onéreux, cela

s'explique facilement : il est impossible d'administrer sans avoir le droit d'aliéner le mobilier, au moins dans une certaine mesure, et on comprend très bien que, vu la difficulté qui peut exister en pratique sur le point de savoir quels sont les objets mobiliers dont les besoins de l'administration exigent l'aliénation dans les diverses circonstances qui peuvent se présenter, la loi ait permis de les aliéner tous sans distinction. Mais en quoi l'aliénation à titre gratuit peut-elle être nécessaire pour les besoins d'une administration? On ne le voit pas. Ainsi le texte, d'où l'on veut induire ici une dérogation au droit commun, est loin d'être décisif; d'autre part, on n'aperçoit pas les motifs qui auraient pu porter le législateur à établir cette dérogation. Nous concluons que la dérogation n'existe pas.

f. — Enfin, la femme séparée peut contracter valablement toutes les obligations relatives à l'administration de ses biens. La loi ne le dit pas, mais notre proposition n'en est pas moins certaine; car il est impossible d'administrer sans s'obliger, et la loi, qui autorise la femme à administrer, l'autorise par cela même implicitement à s'obliger. Comment la femme pourrait-elle par exemple donner ses biens à bail, si elle ne pouvait pas contracter les obligations qu'engendre le contrat de louage? Comment pourrait-elle exploiter ses terres, s'il ne lui était pas permis de s'obliger envers les domestiques dont les services lui sont indispensables, ou envers les marchands d'ustensiles aratoires et de tout ce qui est nécessaire pour la culture?

Mais le droit de s'obliger n'étant pour la femme séparée qu'une conséquence de son droit d'administrer, il en résulte qu'elle ne peut pas valablement contracter des obligations étrangères à son administration. Ceux qui se proposent de traiter avec la femme doivent donc rechercher si l'obligation qu'elle offre de contracter est ou non relative à l'administration de ses biens : question facile à résoudre en général, le caractère de l'obligation pouvant être apprécié le plus souvent par sa nature même (voyez les exemples cités tout à l'heure); et, si le caractère de l'obligation leur paraît douteux, si par exemple la femme veut emprunter de l'argent, auquel cas il peut n'être pas clairement démontré que l'emprunt intéresse l'administration, ils feront bien d'exiger que la femme se munisse d'une autorisation.

Les obligations, contractées par la femme séparée, dans la sphère de son droit d'administration, sont exécutoires sur tous ses biens, même sur ses immeubles. Nous considérons cette proposition, qui cependant a été contestée, comme trouvant un point d'appui d'une solidité inébranlable dans l'art. 2092 duquel il résulte que l'entier patrimoine d'un débiteur sert de gage aux créanciers envers lesquels il s'est valablement obligé.

* Mais, si la femme peut pleinement s'obliger dans les limites de son droit d'administration, elle ne peut aucunement s'obliger, sans autorisation, en dehors de ces limites. On a induit à tort de la faculté que la loi accorde à la femme séparée de biens d'aliéner son mobilier, le droit pour cette même femme de contracter, en dehors des limites de son droit d'administration, des obligations qui seraient exécutoires sur son mobilier. La dernière jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens.

187. B. *Jouissance.* La femme séparée de biens ne reprend pas seulement l'administration de son patrimoine; elle en reprend aussi la jouissance, quoique la loi ne le dise pas. Résulte-t-il de là que la femme sera dispensée désormais de contribuer aux charges du

mariage? Non certes; car la séparation de biens ne dissout pas le mariage; elle n'en relâche même pas le lien, à la différence de la séparation de corps. Aussi l'art. 1448 dispose-t-il : « *La femme qui a obtenu » la séparation de biens, doit contribuer, proportionnellement à ses » facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'édu- » cation des enfants communs. — Elle doit supporter entièrement ces » frais, s'il ne reste rien au mari* ».

Ainsi, chaque époux doit contribuer aux charges du mariage, c'est-à-dire aux frais du ménage et à l'éducation des enfants communs, proportionnellement à ses ressources, à ses facultés imposables, si l'on peut ainsi parler. Par exemple, en supposant que les ressources du mari, provenant tant des revenus de ses biens personnels que des produits de son travail ou de son industrie, soient égales à 1 et celles de la femme à 3, le mari supportera les charges pour 1/4 et la femme pour 3/4. Au cas où les époux craindraient des difficultés sur la fixation de leurs parts contributoires, ils agiraient prudemment en faisant régler ce point par la justice; mais cette fixation aurait un caractère essentiellemen provisoire, l'importance relative des ressources des deux époux pouvant varier dans l'avenir.

Malgré la séparation de biens, le mari reste le chef du ménage. Il peut donc exiger que la portion contributoire de la femme soit versée entre ses mains, et régler ensuite comme il l'entendra les dépenses du ménage. Cela n'est pas sans danger. Souvent en effet le mari détournera les fonds que lui verse sa femme de leur véritable destination, qui est de subvenir aux charges du mariage, par exemple en les employant au paiement de ses dettes ou même en les dissipant. Ces inconvénients pratiques, auxquels le législateur paraît ne pas avoir songé, ont souvent conduit les juges à donner à la femme l'autorisation de faire elle-même l'emploi des sommes qui représentent sa part contributoire dans les charges du mariage, en payant directement les fournisseurs. Mais c'est là un expédient dont la légalité est contestable; car il implique une dérogation aux règles de la puissance maritale, qui donnent au mari le titre de chef du ménage, et il n'y a pas en cette matière d'autres dérogations permises que celles autorisées par un texte. La vérité est qu'il y a ici une lacune dans la loi, et il est difficile à d'autres qu'au législateur lui-même de la combler.

Les frais d'éducation et d'entretien des enfants d'un autre lit de l'un des époux ne constituent pas une charge du mariage, mais bien une charge personnelle à l'auteur de ces enfants; l'autre époux ne doit donc pas y contribuer. Et toutefois, ces frais diminuant d'autant les ressources de l'époux à qui elles incombent, il est clair que la portion contributoire de l'autre époux dans les charges du ménage s'en trouve nécessairement augmentée.

188. Sauf l'exception relative aux actes d'administration, la femme séparée de biens est frappée de l'incapacité d'agir sans l'autorisation de son mari ou de la justice. Ainsi elle est tenue de se conformer aux règles du droit commun pour aliéner ses immeubles ou pour les grever de droits réels (art. 1449 *in fine*).

189. On lit dans l'art. 1450, dont la disposition aurait pu être plus claire : « *Le*

» *mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble* » *que la femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la justice, à moins qu'il n'ait* » *concouru au contrat, ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus par lui,* » *ou ont tourné à son profit. — Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi, si la* » *vente a été faite en sa présence et de son consentement : il ne l'est point de l'utilité* » *de cet emploi* ».

Ce texte distingue deux hypothèses :

1° La vente d'un immeuble de la femme a été faite avec l'autorisation de justice au refus du mari. — Le mari ne sera pas responsable du défaut d'emploi ou de remploi du prix, « à moins, dit la loi, qu'il n'ait concouru au contrat », car il s'est alors ingéré dans la gestion qui appartient à la femme, « ou qu'il ne soit prouvé que les » deniers ont été reçus par lui, ou ont tourné à son profit ».

2° La vente a été faite en présence du mari et de son consentement. — Ici encore le mari s'est ingéré dans la gestion qui appartient à la femme, et il est déclaré à ce titre responsable du défaut d'emploi ou de remploi du prix.

La loi exige deux conditions, pour que le mari soit responsable du défaut d'emploi ou de remploi : 1° que la vente ait été faite de son consentement ; 2° en sa présence. Si donc le mari s'était borné à autoriser la vente sans y coopérer, il semble, contrairement à l'opinion générale, qu'il ne devrait pas être déclaré responsable du défaut d'emploi ou de remploi du prix.

En aucun cas d'ailleurs, le mari n'est responsable de l'utilité de l'emploi ou du remploi fait par sa femme.

N° 5. Du rétablissement de la communauté dissoute par la séparation de corps ou de biens.

190. Aux termes de l'art. 1451 : « *La communauté dissoute par la* » *séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être* » *rétablie du consentement des deux parties. — Elle ne peut l'être que* » *par un acte passé devant notaire et avec minute, dont une expédition* » *doit être affichée dans la forme de l'article* 1445.— *En ce cas, la com-* » *munauté rétablie reprend son effet du jour du mariage ; les choses sont* » *remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans* » *préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle,* » *ont pu être faits par la femme en conformité de l'article* 1449. — » *Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté* » *sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement,* » *est nulle* ».

La loi, qui voit avec peine le trouble apporté à l'économie des conventions matrimoniales par la séparation de corps ou de biens, voit par cela même avec faveur le retour au pacte matrimonial primitif; elle autorise donc les époux à rétablir d'un commun accord leur communauté dissoute par la séparation de corps ou de biens. Et toutefois, comme il importe, d'une part, que ce rétablissement soit l'œuvre d'une volonté réfléchie, et, d'autre part, qu'il ne puisse pas dépendre des époux d'en supprimer la preuve, la loi exige que la convention des parties soit constatée dans un acte notarié *retenu en minute,* à peine de nullité. L'acte peut d'ailleurs être passé « devant notaires », comme

dit le texte, ou devant un notaire et deux témoins conformément au droit commun. En outre, comme les tiers ont intérêt à connaître le rétablissement de la communauté, puisqu'il opère une modification dans l'état des époux, la loi exige qu'une expédition de l'acte constatant ce rétablissement soit affichée dans la forme prescrite par l'art. 1445. Tant qu'il n'a pas été satisfait à cette condition de publicité, le rétablissement de la communauté, valable entre les parties, ne peut pas être opposé aux tiers.

Mais, vu le silence de la loi, et bien qu'il y ait tout lieu de croire que ce silence est le résultat d'un oubli, on doit décider que le complément de publicité requis par l'art. 872 C. pr. ne serait pas nécessaire ici à peine de nullité. L'interprétation restrictive est de rigueur pour tous les textes qui édictent des nullités.

Le consentement des parties, manifesté dans la forme légale, suffit pour opérer le rétablissement de la communauté, sans qu'il soit nécessaire que les époux, s'ils sont mineurs, obtiennent le consentement de leurs parents.

Mais le consentement des deux époux est toujours nécessaire, le texte est formel. La volonté de la femme, déclarant qu'elle renonce au bénéfice de la séparation de biens, ne suffirait donc pas pour opérer le rétablissement de la communauté, si le mari refusait d'y consentir. Cpr. t. I, n. 794.

191. Les époux, qui veulent rétablir leur communauté, doivent la reconstituer exactement sur sa base première; ils ne peuvent que revenir purement et simplement à leur pacte matrimonial primitif, sans qu'il leur soit permis d'y introduire aucun changement. « Toute » convention », dit la loi, « par laquelle les époux rétabliraient leur » communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient » antérieurement, est nulle ».

Ce que la loi déclare nul, lorsque le retour au pacte matrimonial primitif n'est pas stipulé purement et simplement, c'est la *convention de rétablissement,* et non pas seulement, comme on l'a prétendu, les clauses dérogatoires. En d'autres termes, quand les époux ont déclaré rétablir leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la régissaient primitivement, ce n'est pas seulement la partie de la convention dérogeant au pacte matrimonial primitif qui est nulle, mais bien la convention tout entière, et par suite la communauté n'est pas rétablie. Cette solution, conforme au texte de la loi, conforme aussi à l'intention probable des parties, qui, ayant déclaré ne rétablir leur communauté que sous telle condition dérogeant au pacte matrimonial primitif, n'ont pas voulu évidemment en accepter le rétablissement pur et simple, est aussi en harmonie avec la théorie de la loi sur l'effet des conditions illicites dans les contrats à titre onéreux; on sait que leur présence a pour résultat d'annuler le contrat (v. art. 1172). La question toutefois est controversée. — Peut-être y aurait-il lieu d'examiner quelle a été, en fait, la volonté es époux.

192. Effets du rétablissement de la communauté. — La communauté, rétablie par la volonté des parties, manifestée dans les formes légales, est censée n'avoir jamais été dissoute (art. 1451). En conséquence, on devra considérer comme communs tous les biens acquis par chaque époux depuis a séparation de corps ou de biens et qui seraient tombés dans la communauté si la séparation n'avait pas été

prononcée. De même aussi, les dettes contractées par le mari *medio tempore,* seront à la charge de la communauté. Mais la fiction ne va pas jusqu'à faire considérer comme nuls les actes valablement accomplis par la femme dans les limites de son droit d'administration; ces actes seront donc maintenus. Et, comme tous les droits acquis à des tiers méritent le même respect, on doit en conclure que la femme ne pourrait pas exercer son hypothèque légale sur les immeubles du mari par lui aliénés durant la séparation de biens.

193. Disposition relative aux droits de survie. — Notre section se termine par un article qu'on peut considérer comme inutile, tant est évidente la proposition qu'il formule. C'est l'art. 1452, ainsi conçu : « *La dissolution de la commu-* » *nauté opérée par le divorce ou par la séparation soit de corps et de biens, soit de* » *biens seulement, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme ; mais* » *celle-ci conserve la faculté de les exercer lors de la mort naturelle* [*ou civile*] *de* » *son mari* ».

Les droits de *survie* sont, ainsi que leur nom l'indique, ceux stipulés au profit d'un époux sous la condition qu'il survivra à l'autre. Exemple : « La femme aura le droit de prélever 10,000 fr. avant partage sur les biens de la communauté, si elle survit à son mari ». Les droits dont il s'agit étant subordonnés à une condition de survie, il est clair qu'ils ne peuvent s'ouvrir que lorsque cette condition est réalisée, et c'est presque une naïveté de dire que ces droits ne s'ouvrent pas tant que les deux époux sont encore vivants, ou, ce qui est équivalent, que la séparation de corps ou de biens ne leur donne pas ouverture.

Au surplus, ce que la loi dit des droits de survie de la femme est vrai aussi des droits de survie du mari ; peut-être n'a-t-elle parlé que des premiers, parce que dans la pratique on les rencontre plus fréquemment.

L'époux, au profit duquel le droit de survie a été stipulé, conserve, après la séparation de corps ou de biens, la faculté de l'exercer plus tard, si la condition de survie se réalise. Voyez toutefois, t. I, n. 791.

SECTION IV

DE L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ, ET DE LA RENONCIATION QUI PEUT Y ÊTRE FAITE, AVEC LES CONDITIONS QUI Y SONT RELATIVES

I. *Droit d'option accordé à la femme.*

194. Aux termes de l'art. 1453 : « *Après la dissolution de la com-* » *munauté, la femme ou ses héritiers et ayant-cause ont la faculté de* » *l'accepter ou d'y renoncer : toute convention contraire est nulle* ».

Le droit d'option consacré par cet article appartient à la femme, ou à ses représentants, quelle que soit la cause qui a produit la dissolution de la communauté.

Il comprend deux termes : l'acceptation et la renonciation.

L'acceptation de la femme donne lieu au partage de la communauté. Sauf le cas où le contrat de mariage contiendrait une convention contraire, ce partage s'opère par moitié entre les époux ou leurs repré-

sentants. Le passif de la communauté se répartit dans la même proportion, donc par moitié. Et la loi accorde ici à la femme ou à ses représentants un privilège particulier, que l'on appelle le *bénéfice d'émolument*. Sous la seule condition d'avoir fait bon et fidèle inventaire des biens de la communauté, la femme jouit de l'avantage de n'être tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard de son mari, soit à l'égard des créanciers, que « jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende », comme disaient nos anciens, c'est-à-dire dans la mesure de la valeur des biens qui lui échoient par le partage, du profit qu'elle retire de la communauté, de son *émolument;* d'où le nom de bénéfice d'émolument.

Si la femme renonce à la communauté, elle y devient complètement étrangère. Toute la communauté, biens et dettes, reste alors au mari ou à ses héritiers.

La faculté, qui appartient à la femme de se soustraire par une renonciation à l'obligation de payer sa part des dettes de la communauté, constitue une dérogation grave au droit commun en matière de société. Cette dérogation a pour cause la situation particulière, qui est faite à la femme sous le régime de la communauté. Etrangère à l'administration de la communauté, que la loi confère au mari sans aucun contrôle, la femme devait être autorisée à se soustraire aux conséquences de cette gestion quand elle a été mauvaise.

Ainsi se trouve complétée la série des garanties accordées par la loi à la femme, mariée sous le régime de la communauté, comme contrepoids de l'omnipotence maritale : droit de demander la séparation de biens quand sa dot est en péril ; droit de n'être tenue des dettes de la communauté, quand elle l'accepte, que jusqu'à concurrence de son émolument ; droit enfin de renoncer à la communauté et de se rendre par là complètement étrangère aux dettes dont elle est grevée.

Ces divers privilèges ont leur fondement dans des considérations d'ordre public ; aussi faudrait-il déclarer nulle toute convention, faite soit dans le contrat de mariage, soit pendant le cours de l'association conjugale, dans le but d'en retirer le bénéfice à la femme (art. 1453 et arg. de cet article).

195. Au premier abord, le droit de renoncer à la communauté, accordé à la femme en outre de son bénéfice d'émolument, semble constituer une superfétation. Le bénéfice d'émolument ne donne-t-il pas, lorsque la communauté est mauvaise, une garantie suffisante à la femme, en l'autorisant à ne payer les dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende? A quoi bon lui donner en outre le droit de renoncer? — Il y a deux réponses. D'abord il se peut que la femme ait stipulé le droit de reprendre son apport franc et quitte au cas de renonciation (art. 1514) ; l'acceptation, même avec le bénéfice d'émolument qui y est attaché, pourrait dans ce cas être la source d'un véritable préjudice pour la femme. En second lieu, l'acceptation, même

mitigée par le bénéfice d'émolument, compromet l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari durant la communauté (*infra* n. 1252).

La faculté pour la femme commune en biens de renoncer à la communauté, n'a pas toujours existé dans notre droit; elle paraît s'y être introduite à l'époque des croisades. La plupart des gentilshommes qui partirent alors pour la terre sainte contractèrent des dettes considérables; la communauté de beaucoup d'entre eux s'en trouva ruinée. Leurs veuves furent autorisées à se soustraire à l'obligation de contribuer au paiement de ces dettes, en renonçant à la communauté. La renonciation se faisait alors au moyen d'un acte solennel et symbolique : lors des obsèques de son mari, la veuve détachait de sa ceinture sa bourse et son trousseau de clefs, et les déposait sur la fosse de son mari, témoignant ainsi qu'elle ne voulait rien emporter de la communauté et qu'elle en abandonnait l'administration.— Introduite d'abord comme un privilège spécial aux veuves nobles, la faculté de renoncer à la communauté fut ensuite étendue aux veuves roturières, puis aux héritiers de la veuve.

196. Conformément aux traditions de notre ancien droit, le code civil autorise les *héritiers et ayant cause* de la femme à exercer le droit d'option accordé à celle-ci (art. 1453). Sous la dénomination d'*ayant cause,* la loi désigne sans doute les donataires ou légataires universels de la femme, et peut-être aussi ses créanciers, qui pourraient exercer le droit d'option de son chef en vertu de l'art. 1166.

Il va sans dire que le mari ne peut pas renoncer à la communauté; comment pourrait-il avoir la prétention de se soustraire aux conséquences d'une situation qu'il a lui-même créée?

197. Avant d'entrer dans les détails relativement à l'acceptation et à la répudiation de la communauté, il convient de remarquer que cette matière présente une très grande analogie avec l'acceptation et la répudiation des successions; le législateur y fait très fréquemment l'application des mêmes règles. Cette observation permettra de glisser rapidement sur bien des points qui sont déjà connus, et même de procéder dans certains cas par simple renvoi.

II. *Formes de l'acceptation et de la renonciation.*

A. *Formes de l'acceptation.*

198. L'acceptation de la communauté peut être expresse ou tacite.

a. — *Acceptation expresse.* L'acceptation expresse est celle qui est faite *verbis.* Elle a lieu, lorsque la femme prend la qualité de commune en biens dans un acte authentique ou privé (art. 1455).

b. — *Acceptation tacite.* C'est celle qui a lieu *facto.* Elle résulte d'actes accomplis par la femme, et qui font nécessairement supposer chez elle l'intention d'accepter la communauté, parce qu'elle n'a pu les accomplir qu'en qualité de copropriétaire des biens communs : le code les appelle des actes d'*immixtion* (art. 1454 et 1459). On ne doit

considérer comme ayant ce caractère que ceux qui sont tels, dit Pothier, « qu'on ne puisse pas apercevoir de raison pour laquelle la femme aurait fait ce qu'elle a fait, si elle n'eût pas voulu être commune », comme si la femme a vendu un immeuble dépendant de la communauté, ou accompli l'un des actes prévus par l'art. 780, par exemple cédé ses droits dans la communauté. C'est ce qui résulte de l'art. 1454, ainsi conçu : « *La femme qui s'est immiscée dans les biens* » *de la communauté, ne peut y renoncer* ».

Le texte ajoute : « *Les actes purement administratifs ou conservatoi-* » *res n'entraînent point immixtion* ». Il fallait encourager ces actes, qui profitent à tous les intéressés; c'est pourquoi la loi décide que leur accomplissement par la femme ne compromettra pas son droit d'option. Ainsi, la femme peut, sans s'immiscer, interrompre les prescriptions qui courent contre la communauté, faire exécuter des réparations urgentes aux bâtiments dépendant de la communauté, louer pour les termes d'usage les maisons qui vont se trouver sans locataires, vendre les effets mobiliers *périssables*. Ce dernier exemple prouve qu'un acte de disposition peut quelquefois être un acte conservatoire.

On cite ordinairement l'art. 1460 comme prévoyant un cas particulier d'acceptation tacite : « *La veuve qui a diverti ou recélé quelques* » *effets de la communauté, est déclarée commune, nonobstant sa renon-* » *ciation : il en est de même à l'égard de ses héritiers* ». Mais à notre avis la qualité de commune est ici infligée à la femme à titre de peine : c'est un cas d'acceptation *forcée* plutôt que d'acceptation *tacite*. Cpr. art. 792, et t. II n. 186. Aussi la disposition de l'art. 1460, qui ne parle que de la veuve, ne nous paraîtrait-elle pas devoir être étendue à la femme séparée de corps ou de biens ni à la femme divorcée. *Pœnalia non sunt extendenda.*

B. *Formes de la renonciation.*

199. Comme la renonciation à succession, la renonciation à communauté est un acte solennel, au moins dans les rapports de la femme avec les créanciers de la communauté. Elle ne peut se faire que dans la forme prescrite par l'art. 1457, ainsi conçu : « *Dans les trois mois* » *et quarante jours après le décès du mari, elle doit faire sa renoncia-* » *tion au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement* » *duquel le mari avait son domicile; cet acte doit être inscrit sur le* » *registre établi pour recevoir les renonciations à succession* ». Cpr. art. 784.

Comme la renonciation à succession, la renonciation à communauté ne peut pas être tacite (arg. art. 1457 et 784). Cette règle comporte toutefois une exception, écrite en l'art. 1463 : « *La femme divorcée ou* » *séparée de corps, qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours*

» *après le divorce ou la séparation définitivement prononcés, accepté la* » *communauté, est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans* » *le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoire-* » *ment avec le mari, ou lui dûment appelé* ».

La femme divorcée ou séparée de corps, qui a laissé passer le délai légal de trois mois et quarante jours à dater du divorce ou de la séparation définitivement prononcés, ou le délai supplémentaire régulièrement accordé par le juge, sans accepter expressément ou tacitement la communauté, est censée y avoir renoncé. La raison en est que, le mari se trouvant ici en possession de tous les biens communs, la femme, qui veut obtenir sa part dans la communauté, est obligée d'agir contre lui; et, comme d'un autre côté elle n'a pas de motifs, vu la mésintelligence qui existe toujours entre époux divorcés ou séparés de corps, pour user de ménagements envers son mari, comme elle doit au contraire être naturellement portée à agir impitoyablement et sans retard, la loi interprète son inaction en ce sens qu'elle ne veut pas agir et que par suite elle renonce à la communauté.

Comme les motifs qui viennent d'être indiqués n'existent pas, ou n'existent plus qu'en partie, quand la communauté est dissoute par la séparation de biens, comme d'autre part la disposition de l'art. 1463, qui prononce une déchéance, doit être interprétée restrictivement, et que d'ailleurs le silence du législateur à l'endroit de la femme séparée de biens semble être intentionnel, parce qu'il est difficile de supposer que l'hypothèse de la femme séparée de biens ne se soit pas présentée à son esprit quand il a parlé de la femme divorcée et de la femme séparée de corps, on doit en conclure que l'art. 1463 ne s'applique pas à la femme séparée de biens. Elle serait donc présumée acceptante, conformément au droit commun, si elle laissait passer les délais sans se prononcer. La solution contraire est plus généralement admise. On se fonde sur ce que, la communauté étant presque toujours mauvaise en cas de séparation de biens, il y a un *a fortiori* pour appliquer à la femme séparée de biens la présomption ou mieux la fiction de renonciation que la loi établit relativement à la femme séparée de corps. Nous répondons que les présomptions légales ou les fictions ne s'étendent pas d'un cas à un autre, même en vertu d'un argument *a fortiori,* surtout lorsqu'elles aboutissent à une déchéance.

III. *De l'irrévocabilité de l'acceptation ou de la renonciation.*

200. En principe, l'acceptation ou la répudiation de la communauté est irrévocable, de même que l'acceptation ou la répudiation d'une succession. Rennes, 15 avril 1886, Sir., 86. 2. 213.

L'exception, que l'art. 790 apporte à cette règle pour les renonciations à succession, en autorisant l'héritier à revenir sur sa renonciation si la succession n'a pas encore été acceptée par d'autres, ne doit pas être étendue à la renonciation à communauté. Par la répudiation de la femme, toute la communauté appartient définitivement au mari, sans qu'aucune manifestation de volonté de la part de celui-ci soit nécessaire; il y a donc immédiatement droit acquis au profit du mari, à la différence de ce qui a lieu quand aucun autre héritier n'a accepté la succession répudiée par l'héritier le plus proche, et la femme ne peut pas priver le mari de ce droit en revenant sur le parti qu'elle a pris.

Exceptionnellement, l'acceptation de la communauté (et aussi la renonciation, quoique la loi ne le dise pas) est rescindable au profit de la femme : 1° pour inobservation des formes prescrites, quand elle est mineure; 2° pour cause de dol ou de violence. C'est ce qui résulte de l'art. 1455, ainsi conçu : « *La femme majeure qui a pris dans un acte la » qualité de commune, ne peut plus y renoncer ni se faire restituer contre » cette qualité, quand même elle l'aurait prise avant d'avoir fait inven- » taire, s'il n'y a eu dol de la part des héritiers du mari* ».

Une troisième cause de rescision, ou mieux peut-être de révocation, résulte de l'art. 1464, qui permet aux créanciers de la femme d'attaquer la *renonciation* et aussi, comme on le verra tout à l'heure, l'*acceptation* faite en fraude de leurs droits. Etudions successivement ces diverses causes de rescision ou révocation.

201. Première cause de rescision. *Inobservation des formes prescrites, quand la femme est mineure.* Bien qu'émancipée par son mariage (art. 476), la femme, qui est encore mineure lors de la dissolution de la communauté, ne peut pas valablement exercer seule son droit d'option; car il est impossible de faire rentrer l'acceptation ou la répudiation d'une communauté dans la catégorie des actes *de pure administration,* les seuls pour lesquels le mineur émancipé ait une capacité pleine et entière. Quelles seront donc les formalités à remplir? Dans le silence des textes, on doit appliquer par analogie les règles prescrites pour l'acceptation ou la répudiation des successions échues au mineur émancipé, c'est-à-dire que la femme ne pourra valablement exercer son droit d'option dans un sens ou dans l'autre qu'avec l'autorisation d'un conseil de famille (art. 461 et 481 cbn.; — cpr. t. I, n. n. 1141 et 1142). L'acceptation ou la renonciation que la femme mineure aurait faite sans cette autorisation, pourrait, sur sa demande, être annulée pour vice de forme, sans qu'elle eût à démontrer l'existence d'une lésion (v. t. II, n. 1153).

202. Deuxième cause de rescision. *Dol des héritiers du mari.* Bien que la loi ne parle que du dol, la violence, qui n'est qu'un dol renforcé, serait aussi une cause de rescision soit de l'acceptation, soit de la renonciation faite par la femme.

Conformément au droit commun, la violence entraînera ici la nullité, quel qu'en soit l'auteur (arg. art. 1111), et on doit décider qu'il en serait de même du dol, l'art. 1116, qui exige que le dol ait été commis par l'une des parties, paraissant n'être applicable qu'en matière de contrats. *Adde* arg. art. 783. Ce n'est donc pas seulement, comme le dit l'art. 1455, le dol pratiqué par les *héritiers du mari* (ou, bien entendu, par le mari lui-même, en cas de divorce ou de séparation soit de corps, soit de biens) qui permettrait à la femme de faire annuler l'acceptation ou la renonciation par elle faite sous l'influence de ce dol, mais aussi le dol commis par les créanciers du mari. La loi n'a pas parlé de ces derniers, qui n'ont pas en général intérêt à ce que la femme prenne parti dans tel sens plutôt que dans tel autre, mais seulement

des héritiers du mari, qui peuvent être intéressés tantôt à ce que la femme renonce, tantôt à ce qu'elle accepte ; ici comme ailleurs, *lex statuit de eo quod plerumque fit.*

On comprend facilement que les héritiers du mari aient intérêt à la renonciation de la femme, et qu'ils songent par suite à user de dol envers elle pour la déterminer à prendre ce parti ; cette situation se présentera ordinairement quand la communauté sera avantageuse, auquel cas les héritiers du mari désireront la garder tout entière pour eux. Mais on ne voit pas aussi clairement l'intérêt que peuvent avoir les héritiers du mari à commettre un dol à l'égard de la femme pour la faire opter dans le sens de l'acceptation. S'ils espèrent se décharger ainsi de partie des dettes d'une communauté obérée, leur calcul sera déjoué ; car la femme, après avoir accepté, ne manquera pas de leur opposer son bénéfice d'émolument (art. 1483). — On peut supposer, ou bien que, par dol, les héritiers du mari ont déterminé la femme à accepter une communauté obérée sans faire dresser d'inventaire dans les délais, ce qui la met dans l'impossibilité d'invoquer son bénéfice d'émolument et l'oblige peut-être par suite à payer plus de dettes qu'elle ne trouve de biens dans sa part de communauté, ou bien que, la femme ayant stipulé le droit de reprendre son apport franc et quitte en cas de renonciation (art. 1514), les héritiers du mari la déterminent par leur dol à accepter, alors que son intérêt est de renoncer pour exercer la reprise de son apport.

Les causes de rescision qui viennent d'être indiquées sont applicables à l'acceptation tacite aussi bien qu'à l'acceptation expresse, bien que le texte de l'art. 1455 ne parle que de cette dernière. *Eadem est ratio.*

203. Troisième cause de rescision ou révocation. Aux termes de l'art. 1464 : « *Les créanciers de la femme peuvent attaquer la renoncia-* » *tion qui aurait été faite par elle ou par ses héritiers en fraude de leurs* » *créances, et accepter la communauté de leur chef* ».

L'art. 1167, qui organise l'action dite *paulienne* ou *révocatoire,* permet aux créanciers de faire annuler tous actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ce principe, que la loi formule dans les termes les plus généraux, suffisait pour autoriser les créanciers de la femme ou de ses héritiers à faire annuler soit l'acceptation, soit la répudiation de la communauté, faite en fraude de leurs droits. Comment donc se fait-il, d'une part que la loi ait cru devoir consacrer en termes exprès l'application du principe au cas de renonciation frauduleuse, et d'autre part qu'elle ait omis de s'expliquer relativement aux acceptations frauduleuses ? Nous n'en voyons pas d'autre raison que celle-ci : La question de savoir si les renonciations en général tombent sous le coup de l'action paulienne faisait autrefois difficulté ; aussi le législateur a cru devoir s'expliquer : il l'a fait dans notre article pour la renonciation à communauté et dans l'art. 788 pour la renonciation à succession. Au contraire, on n'a jamais douté que l'action paulienne fût applicable aux acceptations soit de succession, soit de communauté, faites en fraude des droits des créanciers. Pothier n'y voyait pas de difficulté, et notre législateur a pensé que, pour ce cas, le principe général de l'art. 1167 suffisait. D'ailleurs, la pratique n'offre que de rares exemples d'acceptations de communauté faites en fraude des droits des créanciers : nouveau motif pour que le législateur ait pu croire inutile de se préoccuper de cette hypothèse. La jurisprudence est en ce sens. Cpr. t. II, n. 918.

IV. *Délais accordés à la femme pour exercer son droit d'option.*

204. La communauté étant dissoute, la loi accorde à la femme un délai de trois mois pour faire inventaire et un autre délai de quarante

jours pour délibérer sur le parti qu'elle doit prendre. Si ces délais sont insuffisants, la femme peut en obtenir la prorogation.

Les art. 1456, 1457 et 1458 disent à ce sujet :

Art. 1456. *La femme survivante qui veut conserver la faculté de renoncer à la communauté, doit, dans les trois mois du jour du décès du mari, faire faire un inventaire fidèle et exact de tous les biens de la communauté, contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés. — Cet inventaire doit être par elle affirmé sincère et véritable, lors de sa clôture, devant l'officier public qui l'a reçu.*

Art. 1457. *Dans les trois mois et quarante jours après le décès du mari, elle doit faire sa renonciation au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel le mari avait son domicile; cet acte doit être inscrit sur le registre établi pour recevoir les renonciations à succession.*

Art. 1458. *La veuve peut, suivant les circonstances, demander au tribunal de première instance une prorogation du délai prescrit par l'article précédent pour sa renonciation; cette prorogation est, s'il y a lieu, prononcée contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés.*

L'inventaire dressé par les soins de la femme, doit être, non seulement *fidèle* et *exact*, comme le dit l'art. 1456, mais en outre *régulier*, c'est-à-dire fait dans les formes prescrites par la loi. Une irrégularité grave pourrait entraîner la nullité de l'inventaire.

Le délai de trois mois, que la loi accorde à la femme pour faire inventaire, court à partir du jour de la dissolution de la communauté, et non pas toujours à dater de celui du décès du mari, comme le dit l'art. 1456. Le délai de quarante jours pour délibérer court à dater de l'expiration du délai de trois mois, ou de la clôture de l'inventaire s'il a été clos avant les trois mois (art. 1459 *n fine*).

205. Tant que durent les délais dont il vient d'être parlé, la femme ne peut pas être forcée de prendre qualité. Elle est protégée contre les poursuites des créanciers de la communauté par l'exception dilatoire de l'art. 174 du code de procédure civile, qui lui permet d'échapper à toute condamnation pendant la durée des délais.

Les effets de l'exception dilatoire cessent au moment où expirent les délais tant judiciaires que légaux. Quelle sera alors la situation de la femme, si elle n'a pas encore pris parti ? Il faut distinguer si elle a ou non fait inventaire *dans les délais*, c'est-à-dire dans le délai de trois mois ou dans le délai supplémentaire accordé par le juge sur la demande qui lui en a été adressée avant l'expiration du délai légal.

206. A. — *La femme a fait inventaire dans les délais.* Aux termes de l'art. 1459 : « *La veuve qui n'a point fait sa renonciation dans le délai* » *ci-dessus prescrit, n'est pas déchue de la faculté de renoncer si elle ne* » *s'est point immiscée et qu'elle ait fait inventaire; elle peut seulement* » *être poursuivie comme commune jusqu'à ce qu'elle ait renoncé, et elle* » *doit les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation. — Elle peut* » *également être poursuivie après l'expiration des quarante jours depuis* » *la clôture de l'inventaire, s'il a été clos avant les trois mois* ».

Il résulte de ce texte que la femme, qui a fait inventaire dans les

délais, est présumée acceptante tant qu'elle n'a pas pris parti, sauf l'exception prévue par l'art. 1463, exception qui confirme la règle. C'est pourquoi la loi permet aux créanciers, dont les poursuites ne peuvent plus désormais être paralysées par l'exception dilatoire, de faire condamner la femme comme commune, si elle refuse de s'expliquer. Mais, tant qu'il n'existe pas contre elle un jugement passé en force de chose jugée, lui attribuant cette qualité, la femme peut utilement renoncer, sauf à payer les frais qui auraient été évités si elle avait pris parti avant l'expiration des délais. Au cas où la qualité de commune aurait été attribuée à la femme par un jugement passé en force de chose jugée, appliquez la théorie de l'art. 800. V. t. II, n. 196.

La femme, qui a fait inventaire dans les délais, étant présumée acceptante tant qu'elle n'a pas manifesté une volonté contraire, concluons en qu'au bout de trente ans elle serait définitivement acceptante, si elle n'a pas renoncé : la prescription confirme l'état de choses existant au moment où elle s'accomplit.

207. B. — *La femme n'a pas fait inventaire dans les délais.* Alors elle est déchue de la faculté de renoncer.

Cette solution paraît résulter très positivement de l'art. 1456, aux termes duquel : « La femme survivante qui veut CONSERVER la faculté de renoncer..., doit dans les » trois mois du jour du décès du mari, faire faire un inventaire... », et plus nettement peut-être encore de l'art. 1459 al. 1, où on lit : « La veuve qui n'a point fait » sa renonciation dans le délai ci-dessus prescrit [c'est-à-dire dans le délai de trois » mois et quarante jours (art. 1457)], n'est pas déchue de la faculté de renoncer, si » elle ne s'est point immiscée *et qu'elle ait fait inventaire* » ; donc, si elle n'a pas fait inventaire, elle est déchue de la faculté de renoncer. — En vain dit-on que le texte cité en dernier lieu n'exige pas que l'inventaire soit fait dans les délais, que par conséquent la femme, qui fait son inventaire, même après l'expiration des délais, n'est pas déchue de la faculté de renoncer. — D'abord, en supposant que l'art. 1459 ne dise pas que l'inventaire doit, à peine de déchéance, être fait *dans les délais,* cela n'aurait pas grande importance; car, l'art. 1456 l'ayant déjà dit, il a pu paraître inutile de le répéter. Mais la vérité est que l'art. 1459 le dit lui aussi. Prenons la femme au moment où le délai pour faire inventaire et délibérer vient d'expirer, et appliquons-lui l'art. 1459; que porte-t-il ? que la femme n'est pas déchue de la faculté de renoncer, si elle a fait inventaire; donc elle l'est, et d'une manière irrémédiable, apparemment, si elle n'a pas fait inventaire. Tout ce que l'on pourrait induire des termes de l'art. 1459, c'est qu'il considère comme suffisant l'inventaire fait dans le délai de quarante jours, accordé pour délibérer; et encore ce tempérament ne paraîtrait-il pas devoir être admis, comme étant contraire à l'art. 1456, qui exige que l'inventaire soit fait dans le délai de trois mois. — En vain se prévaut-on aussi de ce que l'héritier, qui n'a pas fait inventaire dans les délais, conserve, aux termes de l'art. 800, « la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier » bénéficiaire... » — Il nous paraît certain que les art. 1456 et 1459 font une situation différente à la veuve, en ce sens qu'ils ne lui permettent pas de faire utilement, au point de vue de sa renonciation, un inventaire tardif. Il est facile d'ailleurs de justifier cette différence. La veuve est en possession des biens de la communauté, tandis que l'héritier ne possède pas, le plus souvent au moins, les biens de la succession; les détournements sont donc plus à craindre de la part de la veuve, et on conçoit que la loi se soit montrée plus exigeante envers elle, en l'obligeant, si elle

veut conserver la faculté de renoncer, à faire inventaire dans un délai très bref, parce qu'un inventaire tardif n'offrirait plus de garanties suffisantes aux créanciers.

208. L'inventaire n'est au surplus nécessaire pour la validité de la renonciation, qu'autant qu'elle survient après l'expiration du délai de trois mois et quarante jours. La renonciation faite dans les délais serait valable, alors même qu'elle ne serait ni précédée ni suivie d'un inventaire. C'est du moins ce qui paraît résulter très positivement des termes de l'art. 1457, dont le silence en ce qui concerne l'inventaire paraît topique, quand on rapproche sa disposition de celle de l'art. 1459 : ce dernier texte, prévoyant l'hypothèse d'une renonciation faite après les délais, ne la déclare valable qu'autant qu'elle a été précédée d'un inventaire fait dans les délais. Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette interprétation, qui est admise par la jurisprudence. Rouen, 4 juillet 1874, Dall., 1875. 2. 189.

V. *Droits des héritiers de la femme.*

209. Les héritiers de la femme jouissent en principe des mêmes droits qu'elle (arg. art. 1453). Dans l'application, il y a lieu de distinguer si la communauté s'est dissoute par la mort de la femme ou par celle du mari.

a. — La communauté s'est dissoute par la mort de la femme. Ce cas est régi par l'art. 1466, ainsi conçu : « *Dans le cas de dissolution de la » communauté par la mort de la femme, ses héritiers peuvent renoncer » à la communauté dans les délais et dans les formes que la loi prescrit » à la femme survivante* ».

D'après la jurisprudence la plus récente, il n'est pas nécessaire que les héritiers de la femme aient fait inventaire dans les trois mois pour conserver le droit de renoncer à la communauté après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer (Cass., 19 mars 1878, Sir., 78. 1. 355, et Rennes, 29 janvier 1885, Sir., 87. 2. 109). Il y aurait donc sur ce point une différence entre la femme et ses héritiers, différence qui s'expliquerait par la considération suivante : La femme survivante possède les biens de la communauté ; au contraire les héritiers de la femme prédécédée ne possèdent pas ces mêmes biens, ils restent entre les mains du mari ; les détournements sont donc moins à craindre de la part des héritiers que de la part de la femme elle-même. Mais cette solution, qui s'appuie sur l'autorité de Pothier, est difficile à admettre en présence des termes de l'art. 1466, qui semble bien avoir voulu complètement assimiler la situation des héritiers à celle de la femme au point de vue des conditions de l'exercice du droit d'option. Il résulte d'ailleurs des travaux préparatoires que le législateur a entendu s'écarter de l'opinion de Pothier : le texte du projet, qui reproduisait cette opinion, a été en effet modifié sur les observations du tribunat. En ce sens, Lyon, 9 juin 1876, Sir., 78. 2. 7.

b. — La communauté s'est dissoute par la mort du mari. L'art. 1461 dit au sujet de cette hypothèse : « *Si la veuve meurt avant l'expiration » des trois mois sans avoir fait ou terminé l'inventaire, les héritiers auront, » pour faire ou pour terminer l'inventaire, un nouveau délai de trois » mois, à compter du décès de la veuve, et de quarante jours pour délibérer, après la clôture de l'inventaire. — Si la veuve meurt ayant terminé l'inventaire, ses héritiers auront, pour délibérer, un nouveau » délai de quarante jours à compter de son décès. — Ils peuvent, au*

» *surplus, renoncer à la communauté dans les formes établies ci-dessus ;*
» *et les articles* 1458 *et* 1459 *leur sont applicables* ».

* Ce texte, qui n'offre pas de difficulté, donne lieu cependant à une observation. Lorsque la veuve est morte ayant terminé l'inventaire, la loi n'accorde à ses héritiers qu'un délai de quarante jours à dater de son décès pour exercer leur droit d'option. Elle suppose vraisemblablement, ce qui arrivera en effet presque toujours, du moins sous le régime de la communauté légale, que l'inventaire fait par la veuve suffit pour éclairer ses héritiers sur les forces de sa succession aussi bien que sur celles de la communauté. Dans le cas contraire, les héritiers, qui ne peuvent pas prendre parti relativement à la communauté sans accepter tacitement la succession de la veuve (arg. art. 778), auraient le droit d'obtenir de la justice une prorogation de délai pour faire inventaire. Avec ce tempérament, l'application littérale de la loi n'offre aucune injustice.

VI. *Du droit à l'habitation et aux aliments, accordé à la veuve pendant les délais pour faire inventaire et délibérer.*

210. Aux termes de l'art. 1465 : « *La veuve, soit qu'elle accepte, soit* » *qu'elle renonce, a droit, pendant les trois mois et quarante jours qui* » *lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa* » *nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et,* » *à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge* » *d'en user modérément. — Elle ne doit aucun loyer à raison de l'habi-* » *tation qu'elle a pu faire, pendant ces delais, dans une maison dépen-* » *dante de la communauté, ou appartenant aux héritiers du mari ; et si* » *la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la* » *communauté, était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contri-* » *buera point, pendant les mêmes délais, au paiement dudit loyer, lequel* » *sera pris sur la masse* ».

C'est un motif d'humanité qui a dicté cette disposition. La loi a voulu que, pendant les premiers temps qui suivent son veuvage, la femme fût autant que possible débarrassée de toute préoccupation matérielle en ce qui concerne son logement et sa nourriture, dont elle lui permet de faire supporter les frais à la communauté.

Cette faveur est concédée à la femme « pendant les trois mois et quarante jours » qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer ». D'où il faut conclure : d'une part que, si la femme ne met à profit pour faire inventaire ou pour délibérer qu'une partie des délais légaux, elle n'en aura pas moins droit à l'habitation et à la nourriture aux frais de la communauté pendant toute la durée desdits délais ; d'autre part que, si la femme obtient de la justice la prorogation des délais légaux, elle n'aura pas droit à l'habitation et à la nourriture pendant les délais supplémentaires accordés par le juge. Le motif de la loi est ici d'accord avec son texte pour dicter ces deux solutions, qui cependant sont contestées l'une et l'autre.

SECTION V

DU PARTAGE DE LA COMMUNAUTÉ APRÈS L'ACCEPTATION

211. Cette section s'occupe des effets de l'acceptation; la suivante, des effets de la renonciation.

L'acceptation de la femme donne lieu au partage de la communauté; et, comme la communauté comprend un actif et un passif, le partage entraîne nécessairement deux opérations distinctes : la répartition de l'actif et celle du passif; le législateur consacre à chacune un paragraphe spécial. C'est ce que nous annonce l'art. 1467 : « *Après l'acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers, l'actif se partage, et le passif est supporté de la manière ci-après déterminée* ». Suivent deux paragraphes consacrés, l'un au partage de l'actif, l'autre à la répartition du passif.

§ I. *Du partage de l'actif.*

212. Avant de procéder au partage de la communauté, il faut de toute nécessité déterminer la masse partageable. Cela se fait au moyen d'une opération appelée *liquidation* (expression tirée du verbe impersonnel *liquere, liquet,* il est clair, il est évident), parce qu'elle fait apparaître d'une façon *liquide,* c'est-à-dire claire, évidente, quels sont les biens à partager.

* La communauté se liquide d'après sa consistance au moment de sa dissolution. Toutefois, les bénéfices ou les pertes des opérations postérieures à la dissolution doivent être compris dans la masse partageable, lorsque ces opérations sont une suite nécessaire d'opérations commencées avant la dissolution. Caen, 28 mars 1884, Sir., 86. 2. 175.

Pour liquider la communauté, il faut : 1° ajouter à la masse des biens de la communauté existant en nature ce que chaque époux doit à la communauté à titre de récompense ou indemnité; 2° retrancher de cette même masse ce que la communauté doit à chacun des époux à titre de récompense ou indemnité. La première opération s'effectue au moyen des *rapports,* la deuxième, au moyen des *prélèvements.* En d'autres termes, tant que dure l'association conjugale, il ne peut pas être question du règlement des indemnités dues soit à la communauté par l'un des époux, soit à l'un des époux par la communauté. Ce double règlement, qui constitue la liquidation de la communauté, ne s'effectue qu'après sa dissolution; il s'opère par le moyen des *rapports* et des *prélèvements.* Chaque époux rapporte à la masse ce qu'il doit à la communauté, et prélève sur cette même masse ce qui lui est dû par la communauté. L'excédent constitue l'actif net à partager entre les époux ou leurs représentants (art. 1474).

Ainsi les biens communs existants valent 20,000 fr.; le mari est débiteur d'une récompense de 15,000 fr. envers la communauté, et la femme a une reprise de 5,000 fr. à exercer contre la communauté, par exemple pour le prix d'un propre aliéné. Le mari rapportera les 15,000 fr. qu'il doit, et la masse qui est de 20,000 fr. se trouvera ainsi portée à 35,000 fr., sur lesquels la femme prélèvera 5,000 fr. Il restera 30,000 fr. qui formeront la masse partageable, dont une moitié revient à chaque époux ou à ses représentants.

Le partage une fois effectué, tout n'est pas encore terminé : si l'un des époux est créancier d'une récompense contre l'autre, il la fera valoir sur les biens personnels de celui-ci ou sur sa part dans la communauté.

Nous traiterons successivement : 1° de la liquidation de la communauté ; 2° de la liquidation des créances personnelles de l'un des époux contre l'autre.

N° 1. De la liquidation de la communauté.

213. Nous avons dit que la liquidation de la communauté comprend deux opérations, les rapports et les prélèvements.

I. *Des rapports.*

214. Aux termes de l'art. 1468 : « *Les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens existants tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité, d'après les règles ci-dessus prescrites, à la section II de la 1re partie du présent chapitre* ». Et l'art. 1469 ajoute : « *Chaque époux ou son héritier rapporte également les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant commun* ». L'actif à partager se trouve donc grossi du montant de toutes les récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux : chacun rapporte ce qu'il doit. C'est ce que décide l'art. 1468; et l'art. 1469, dont la disposition était inutile, indique deux applications particulières du principe, relatives à la récompense due par l'époux qui a doté un enfant d'un autre lit ou par celui qui a doté personnellement un enfant commun, lorsque la dot a été payée avec des sommes ou valeurs appartenant à la communauté. Cass., 14 avril 1886, Sir., 86. 1. 289.

* **215.** Le rapport dont il vient d'être parlé peut être réel ou fictif.

Le rapport réel consiste à verser effectivement dans la masse la somme représentant l'indemnité due à la communauté. Ainsi les biens existants consistent en une somme de 10,000 fr.; le mari doit une récompense de 2,000 fr. à la communauté. Si l'on procède par la voie du rapport réel, le mari versera 2,000 fr. dans la masse, qui se trouvera ainsi portée à 12,000 fr.; chaque époux en prendra la moitié, soit 6,000 fr.

Le rapport *fictif* ne se fait que sur le papier ; il peut s'opérer de trois manières :

1° En ajoutant à la masse des biens qui existent en nature le montant de la créance de la communauté contre l'époux débiteur, et en la lui précomptant sur sa part. Ainsi, en reprenant l'exemple ci-dessus, on dira : 10,000 fr. de biens existants, plus la créance de 2,000 fr. appartenant à la communauté contre le mari ; cela fait 12,000 fr. Voilà la masse partageable. Sur ces 12,000 fr. on attribuera 6,000 fr. en argent à la femme ; il restera pour le mari un lot de 6,000 fr. ainsi composé : 4,000 fr. en argent, plus la créance de 2,000 fr. dont il est débiteur envers la communauté. On lui donne cette créance en paiement jusqu'à due concurrence. C'est bien plus simple que de faire verser au mari 2,000 fr. dans la masse pour lui en donner ensuite 6,000 ;

2° En faisant prélever sur la masse, par l'époux non débiteur, une somme égale à celle que son conjoint doit à la communauté. Ainsi dans notre espèce la femme prélèvera 2,000 fr. sur la masse, et les 8,000 fr. restants se partageront par moitié entre les deux époux ;

3° En employant le procédé connu dans la pratique sous le nom de *mi-denier*. « On partage la communauté comme s'il ne lui était rien dû, sauf ensuite à l'époux débiteur à faire confusion, pour la moitié qu'il a dans les biens de la communauté de sa propre dette et à payer l'autre moitié à son conjoint ». Ainsi, en reprenant l'exemple sur lequel nous avons raisonné jusqu'ici, chaque époux prend la moitié des biens existants, soit 5,000 fr., et le mari paie 1,000 fr. à la femme.

Telles sont les diverses variantes du rapport fictif. On a pu constater qu'elles conduisent exactement aux mêmes résultats que le rapport réel, mais par un moyen plus simple ; et c'est là toute la légitimité du rapport fictif, qui n'est qu'une combinaison imaginée par les praticiens pour simplifier les opérations de la liquidation. La règle, c'est le rapport réel ; la loi ne parle nulle part du rapport fictif. Le liquidateur peut imaginer toutes les combinaisons qu'il voudra, pour éviter les complications du rapport réel, mais à la condition qu'elles n'en troublent pas l'économie.

* **216.** Nous avons supposé jusqu'ici qu'un seul des époux était débiteur d'une récompense envers la communauté. S'ils sont débiteurs l'un et l'autre, ils peuvent se faire raison de plusieurs manières :

1° Par la voie du rapport réel, qui en pratique ne sera guère employé, mais qui doit encore servir ici de type à toutes les autres combinaisons ;

2° En ajoutant à la masse des biens existants le montant des diverses créances de la communauté contre l'un et l'autre époux, et en précomptant à chacun d'eux sur sa part les créances dont il est débiteur. Ainsi les biens existants consistent en une somme de 10,000 fr ; le mari doit une récompense de 4,000 fr. à la communauté, et la femme une récompense de 6,000 fr. On dira : 10,000 fr. + 4,000 fr. + 6,000 fr. = 20,000 fr. Voilà la masse partageable, dont chaque époux doit avoir la moitié, soit 10,000 fr. Le lot du mari sera composé de la créance de 4,000 fr. dont il est débiteur, plus de 6,000 fr. en argent, total 10,000 fr. Celui de la femme comprendra la créance de 6,000 fr. dont elle est débitrice, plus une somme de 4,000 fr., total égal 10,000 fr. ;

3° On peut faire jusqu'à due concurrence compensation des dettes de chaque époux envers la communauté. Ainsi, dans l'espèce précédente, on dira : Le mari devant une récompense de 4,000 fr. à la communauté, et la femme une récompense de 6,000 fr., compensation faite, la femme reste débitrice de 2,000 fr. Par suite on procèdera comme s'il n'y avait qu'une récompense de 2,000 fr. due par la femme. Si les récompenses dues par chaque époux s'élèvent à un chiffre égal, la compensation sera complète, et on procèdera comme s'il n'était rien dû de part ni d'autre.

Mais ici revient l'observation faite il y a quelques instants : la loi ne connaît que le rapport réel ; tout autre procédé ne peut être employé que comme moyen de simplification, et à la condition de ne pas troubler l'économie du rapport réel, c'est-à-

dire à la condition de conduire finalement au même résultat que lui. C'est ainsi que le mari pourrait s'opposer à l'emploi du procédé de la compensation, s'il avait pour effet de réduire la masse partageable à un chiffre inférieur au montant des reprises de la femme, et que celle-ci demandât le paiement du surplus sur les biens personnels du mari (art. 1472). Exemple : Il y a 10,000 fr. de biens existants ; le mari doit à la communauté une récompense de 10,000 fr., la femme une récompense de 10,000 fr. également ; en outre, les reprises de la femme s'élèvent au chiffre de 30,000 fr. Si on procède par la voie du rapport réel, on arrive à une masse de 30,000 fr., qui suffit à l'exercice des reprises de la femme ; le mari en est donc quitte pour le paiement des 10,000 fr. qu'il doit à la communauté. Supposons au contraire que l'on procède par la voie de la compensation ; les deux récompenses se balançant, on ne trouve plus qu'une masse partageable de 10,000 fr., et, ce chiffre étant inférieur de 20,000 fr. au montant des reprises de la femme, on serait conduit à dire que le mari doit payer cette dernière somme à la femme sur ses biens personnels (art. 1472). Le mari auquel dans l'espèce le procédé du rapport réel permet de ne débourser que 10,000 fr., a le droit de repousser tout autre procédé qui conduirait à un résultat différent.

II. *Des prélèvements.*

A. *Dans quels cas il y a lieu à prélèvement.*

217. Après avoir ajouté à la masse des biens existants les créances de la communauté contre chaque époux, opération qui constitue le *rapport,* on déduit de cette masse ce que la communauté doit à chaque époux à titre de récompense ou indemnité. Cette déduction s'opère par le moyen de *prélèvements* sur la masse. Aux termes de l'art. 1470 : « *Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève,* — 1° *Ses* » *biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent* » *en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi ;* — 2° *Le prix de ses* » *immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a* » *point été fait remploi ;* — 3° *Les indemnités qui lui sont dues par la com-* » *munauté* ». Il n'est pas exact de dire, comme le fait le 1° de l'article, que les époux *prélèvent* sur la masse leurs biens personnels ou ceux acquis en remploi. *Prélever,* c'est prendre avant partage, *præcapere ;* cette opération par suite ne peut s'appliquer qu'à des choses faisant partie de la masse à partager. Dire que chaque époux *prélève* les biens qui lui appartiennent en propre, et surtout dire qu'il les prélève *sur la masse,* c'est donner à entendre qu'ils font partie de la masse ; or les biens propres des époux sont en dehors de la masse partageable (argument des mots : « ses biens personnels *qui ne sont point entrés en communauté* »), et par conséquent il n'y a pas lieu de les prélever. A moins qu'on ne dise qu'aux termes de l'art. 1402 tous les biens, qui existent à la dissolution de l'association conjugale sont présumés appartenir à la communauté, et par suite faire partie de la masse partageable, dans laquelle le législateur les fait effectivement figurer, mais sauf à l'époux qui prouve en être propriétaire à les prélever.

Ainsi donc la reprise par chaque époux de ses biens personnels ne

constitue pas à proprement parler un *prélèvement*. Il n'y a lieu à cette opération que dans les deux autres cas prévus par l'art. 1470-2° et 3°; et encore ces deux cas peuvent-ils se réduire à un seul, le premier rentrant dans le second. En effet la récompense du prix des propres aliénés et non remployés (art. 1470-2°) n'est qu'un cas particulier d'indemnité due par la communauté, et il suffisait par conséquent de dire, comme le fait l'art. 1470-3°, que chaque époux prélève sur la masse partageable les récompenses ou indemnités qui lui sont dues par la communauté.

B. *Comment s'exercent les prélèvements.*

218. L'art. 1471 dit à ce sujet : « *Les prélèvements de la femme* » *s'exercent avant ceux du mari. — Ils s'exercent pour les biens qui* » *n'existent plus en nature, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le* » *mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté :* » *dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déféré à la femme et à* » *ses héritiers* ».

Les mots *pour les biens qui n'existent plus en nature* font antithèse à ce que la loi appelle improprement le prélèvement des biens personnels aux époux (art. 1470-1°), prélèvement qui s'opère toujours en nature, et la disposition signifie que la loi ne s'occupe plus ici que des prélèvements proprements dits, c'est-à-dire du prélèvement des indemnités dues par la communauté.

L'art. 1472 ajoute : « *Le mari ne peut exercer ses reprises que sur* » *les biens de la communauté. — La femme et ses héritiers, en cas d'insuf-* » *fisance de la communauté, exercent leurs reprises sur les biens person-* » *nels du mari* ».

Ces textes contiennent des règles communes aux prélèvements des deux époux et des règles spéciales aux prélèvements de la femme.

1. *Règles communes aux prélèvements de la femme et à ceux du mari.*

219. Les prélèvements ont pour but de liquider les récompenses dues par la communauté; or ce que la communauté doit, c'est une somme d'argent; si donc elle possède du numéraire en quantité suffisante, l'époux créancier prélèvera la somme qui lui est due. S'il n'y a pas assez de numéraire, faudra-t-il avoir recours à la vente de tout ou partie des biens de la communauté pour s'en procurer? Entre un créancier et un débiteur ordinaires les choses se passeraient ainsi. Mais, dans notre hypothèse, la loi déroge au droit commun en faveur de l'époux créancier de la récompense : elle lui permet de se payer en prenant jusqu'à due concurrence des biens de la communauté. La raison en est qu'il est copropriétaire de ces biens. Ils lui seront attribués pour leur valeur, telle qu'elle sera fixée d'un commun accord entre les parties ou, faute de s'entendre, à dire d'experts.

Nous considérons, on le voit, comme appartenant au mari aussi bien qu'à la femme le droit d'obtenir par voie de prélèvement le paiement des indemnités qui lui sont dues par la communauté. Il y a en effet même raison de décider, quel que soit l'époux créancier de la récompense : il est copropriétaire des biens communs affectés au paiement de sa créance. C'est d'ailleurs en ce sens que la loi a été expliquée par le rapporteur du tribunat. Et toutefois un doute naît du texte de la loi, qui paraît ne se préoccuper que de la femme, le pronom *ils* (art. 1471 al. 2) ne s'appliquant grammaticalement qu'aux reprises de la femme ; aussi quelques auteurs ont-ils soutenu que ce droit exceptionnel ne pouvait être étendu au mari.

220. Mais comment déterminer quels sont, parmi les biens communs, ceux qui doivent être prélevés par l'époux créancier de la récompense? La loi dit que les prélèvements doivent porter, à défaut d'argent comptant, d'abord sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. Le mobilier est placé en première ligne, soit parce qu'il est plus facile à réaliser que les immeubles et se rapproche ainsi davantage de l'objet de la créance, qui est une somme d'argent, soit parce que, les biens immobiliers étant considérés comme plus précieux, la loi a voulu que chacun des époux, les prélèvements une fois opérés, pût en avoir sa part.

Lorsqu'à défaut d'argent comptant il y a lieu d'exercer les prélèvements sur les autres biens de la communauté, le choix des meubles ou des immeubles à prélever appartient à l'époux créancier de la récompense, que ce soit le mari ou la femme, et bien que la loi ne confère expressément le droit de choisir qu'à cette dernière.

Toutefois le choix doit être exercé d'une manière raisonnable par celui auquel il appartient. Ainsi, quand il est dû à l'un des époux une récompense de 10,000 fr. et qu'il y a dans la masse un immeuble valant à peu près cette somme et un autre valant 100,000 fr., l'époux créancier ne pourra pas, à défaut d'argent comptant et de mobilier, diriger son choix sur ce dernier immeuble, sauf à compter.

221. On admet généralement que le paiement par voie de prélèvement sur les biens de la communauté constitue pour l'époux créancier une faveur, à laquelle il est libre de renoncer, pour exiger, conformément au droit commun, son paiement en argent (art. 1243) et par suite la vente des biens de la communauté jusqu'à due concurrence (Cass., 6 juillet 1870, Sir., 70. 1. 348).

222. Les prélèvements sont une opération préliminaire du partage, une opération de liquidation, destinée à établir la consistance réelle de la masse partageable ; ils sont donc une dépendance nécessaire du partage et font corps avec lui, si bien que la loi en traite sous cette rubrique *Du partage de l'actif.*

De là résultent deux conséquences :

1° Les biens attribués à chaque époux à titre de prélèvement lui adviennent avec le caractère déclaratif et rétroactif du partage (Poitiers, 21 mai 1884, Sir., 86. 2. 89). Les prélèvements n'impliquent donc aucune transmission de propriété de l'un des époux à l'autre, et par suite il n'y a pas lieu, de la part de l'époux qui opère le prélèvement, au paiement d'un droit proportionnel d'enregistrement, ce droit n'étant dû que pour les actes contenant aliénation. Il n'y a pas lieu non plus à la transcription, quand les biens prélevés sont immeubles. L'art. 1 de la loi du 23 mars 1855 ne soumet à la transcription que les actes *translatifs* de propriété.

2° Lorsque la rescision du partage de communauté est demandée pour cause de

lésion de plus du quart (arg. art. 1476, 1872, 887 et s.), la lésion alléguée par le demandeur doit être appréciée en tenant compte non seulement de la valeur des biens qu'il a obtenus pour sa part dans l'actif net à partager, mais aussi de la valeur des biens qui lui ont été attribués à titre de prélèvements. *Adde* arg. art. 828, 829 et 830. Cass., 13 août 1883, Sir., 84. 1. 289, et l'arrêt précité de la cour de Poitiers.

* Bien que, dans les rapports des époux entre eux, les reprises s'exercent par voie de prélèvements, cela n'empêche pas que les reprises des époux constituent une dette de la communauté, et par suite cette dette doit être supportée en définitive par tous ceux qui recueillent à titre universel les biens de la communauté. Ainsi, le mari ayant légué tous ses meubles à la femme, celle-ci peut exiger que les héritiers de son mari, qui se trouvent appelés à recueillir tous les immeubles, y compris ceux revenant au mari pour sa part dans la communauté, contribuent au paiement de ses reprises proportionnellement à l'importance des immeubles de la communauté comparée à celle des meubles. Amiens, 18 février 1887, Sir., 87. 2. 185.

2. *Règles spéciales aux prélèvements de la femme.*

223. La femme jouit, pour l'exercice de ses reprises ou prélèvements, de deux faveurs particulières :

1° « Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari » (art. 1471 al. 1). Si donc, une fois les prélèvements de la femme effectués, les autres biens de la communauté ne suffisent pas pour remplir le mari de ce qui lui est dû, il sera seul en perte ;

2° En cas d'insuffisance des biens de la communauté, la femme peut, pour le surplus de ses reprises, poursuivre le mari sur ses biens personnels (art. 1472 al. 2).

Ce double privilège est une conséquence de la situation que la loi fait à la femme sous le régime de la communauté. Seigneur et maître de la communauté, qu'il administre à l'exclusion de la femme, le mari devait être seul responsable du mauvais état des affaires sociales. C'est pourquoi il a paru juste de donner la préférence à la femme pour l'exercice de ses reprises, et même de déclarer le mari responsable du paiement de ces reprises, en qualité de caution de la communauté : d'où le droit pour la femme de s'attaquer aux biens personnels du mari, en cas d'insuffisance de ceux de la communauté. Le mari, au contraire, n'a que les biens de la communauté pour gage de l'exercice de ses reprises, et même seulement la partie de ces biens que n'absorbent pas les reprises de la femme.

La femme, qui, en cas d'insuffisance de la communauté, s'attaque au patrimoine personnel de son mari, n'a pas le droit d'exiger, à défaut d'argent comptant, l'attribution en nature des biens de son mari jusqu'à due concurrence. L'art. 1471 ne consacre ce droit au profit de la femme que lorsqu'elle agit sur les biens de la communauté. Tout se passera donc ici comme entre un créancier et un débiteur ordinaires : la femme ne pourra exiger que ce qui lui est dû, c'est-à-dire le paie-

ment d'une somme d'argent, de même qu'on ne pourra pas la forcer à recevoir autre chose (art. 1243) : d'où la conséquence qu'il pourra être nécessaire de vendre les biens du mari pour procurer à la femme le paiement de ses reprises.

Bien entendu, les parties pourraient s'entendre pour attribuer en nature tout ou partie des biens du mari à la femme en paiement de ses reprises. Il y aura alors une *datio in solutum* opérant un transport de propriété du mari à la femme et donnant lieu par suite au paiement du droit proportionnel d'enregistrement, et à la transcription s'il s'agit de biens immeubles, à la différence de ce qui a lieu quand la femme prélève des biens de la communauté.

224. La femme, qui prélève des biens communs en paiement des indemnités que lui doit la communauté, exerce-t-elle son droit de prélèvement à titre de propriétaire, dans ses rapports avec les autres créanciers de la communauté, ou seulement à titre de créancière? Plus simplement, la femme exerce-t-elle ses reprises à titre de créancière ou à titre de propriétaire? Cette question a donné lieu à un débat célèbre, qui paraît aujourd'hui vidé. Après avoir jugé dans une longue série d'arrêts que la femme exerce ses reprises à titre de propriétaire, la cour de cassation a condamné sa propre jurisprudence par un arrêt solennel du 16 janvier 1858 (Sir., 58. 1. 9), qui consacre la solution, généralement admise en doctrine, d'après laquelle la femme exerce ses reprises à titre de créancière.

Voyons d'abord l'intérêt de la question. Si la femme exerce son droit de prélèvement pour le paiement de ses reprises, *à titre de propriétaire,* elle pourra procéder quant à l'exercice de ce droit comme elle procède quant au prélèvement de ses biens personnels qui ne sont pas entrés en communauté, c'est-à-dire qu'elle pourra s'approprier les biens prélevés, en paiement de ses reprises, à l'exclusion des créanciers de la communauté envers lesquels elle n'est pas personnellement obligée. Si au contraire la femme exerce ses reprises *à titre de créancière,* il n'y aura entre elle et les autres créanciers de la communauté que la différence résultant de son hypothèque légale, qui, d'après l'opinion générale, peut s'exercer même sur les immeubles de la communauté. Par conséquent la femme viendra sur le mobilier de la communauté, pour le paiement de ses reprises, en concours avec les autres créanciers de la communauté; elle n'aura pas de privilège sur eux.

Cette dernière solution, qui a pour elle une tradition trois fois séculaire, a aussi en sa faveur les textes et les principes.

Les textes : car l'art. 1470 dit que la femme prélève les indemnités « qui lui sont » *dues* par la communauté ». Donc la loi considère la communauté comme débitrice, et par suite la femme comme créancière : d'où il résulte que, si les biens de la communauté sont insuffisants, la femme doit subir le sort commun de tous les créanciers. Arg. art. 2093.

Les principes : car la doctrine contraire aboutit à créer au profit de la femme un véritable privilège malgré e silence de la loi, contrairement au principe qu'il n'y a pas de privilège sans texte.

N° 2: Du partage de la communauté.

1. *Principe.*

225. Une fois que la masse partageable est déterminée par la liquidation, on en opère le partage par moitié entre les époux ou leurs

représentants. « *Après que tous les prélèvements des deux époux ont été* » *exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux* » *ou ceux qui les représentent* », dit l'art. 1474. On suit pour ce partage les règles générales qui gouvernent le partage des successions; c'est ce qui résulte de l'art. 1476, ainsi conçu : « *Au surplus, le partage de* » *la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des* » *immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en* » *résulte, et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au* » *titre* des Successions *pour les partages entre cohéritiers* ». Cpr. art. 1872.

* **225** *bis*. Parmi les règles du partage des successions, qui sont applicables au partage de la communauté, figurent celles relatives aux effets du partage. Le partage de la communauté est donc, comme le partage de succession, simplement déclaratif de propriété; en d'autres termes, il rétroagit. Mais à quelle époque ? Tout le monde répond : au jour où l'indivision a pris naissance. Ce principe, dont la loi fait l'application en matière de succession (art. 883), doit rationnellement s'appliquer aussi au partage de la communauté.

Reste à savoir à quelle époque remonte l'indivision entre les époux relativement aux biens de la communauté; là est la difficulté.

Ceux qui reconnaissent à la communauté la *personnalité civile* font remonter l'indivision entre les époux au jour de la dissolution de la communauté seulement, et par suite ne font rétroagir le partage qu'à cette époque; car jusque-là c'est la personne morale, la communauté, qui a été propriétaire : les époux n'ont commencé à le devenir que du jour où la personne morale a cessé d'exister, c'est-à-dire du jour de la dissolution.

Ceux au contraire qui pensent, et c'est notre sentiment, que la communauté n'est pas une personne morale distincte de la personne des époux, mais qu'elle n'est autre chose que les époux associés, doivent considérer l'indivision comme prenant naissance entre les époux relativement aux biens communs le jour même où ces biens entrent dans la communauté, et par suite faire rétroagir les effets du partage à cette époque, qui peut ne pas être la même pour tous les biens. Chaque époux sera donc considéré comme ayant été seul propriétaire des effets mis dans son lot par le partage, à dater du jour où ces biens sont entrés dans la communauté, et par conséquent l'autre époux sera réputé n'en avoir jamais eu la propriété pendant toute la durée de l'indivision, de sorte que l'art. 883 s'applique à la lettre. En ce sens, Cass., 28 décembre 1886, Sir., 87. 1. 213.

L'effet rétroactif du partage n'empêche pas d'ailleurs que la femme soit tenue de respecter, sur les effets mis dans son lot, les actes accomplis par le mari dans la limite de ses pouvoirs comme chef de la communauté, notamment les constitutions d'hypothèques. L'acceptation de la femme implique en effet la ratification de tous les actes accomplis par le mari comme chef de la communauté, à l'exception de ceux qui auraient été faits en fraude de ses droits. Il n'empêche pas non plus de tomber dans la masse partageable les fruits des biens de la communauté échus ou perçus dans l'intervalle écoulé entre la dissolution et le partage. Cass., 28 avril 1884, Sir., 86. 1. 294.

2. *Exceptions à la règle que le partage de la communauté s'opère par moitié.*

226. La règle, que le partage de la communauté s'opère par moitié, comporte deux exceptions, prévues, la première par l'art. 1475 et la

Mais il ne perd pas le droit d'exercer en cas d'insuffisance des biens de la communauté ses reprises sur les objets divertis ou recélés.

Doit être assimilée à un divertissement ou recélé la fraude que le mari aurait commise en faisant apparaître des dettes fictives dans le but de s'approprier des deniers de la communauté, surtout si la tentative avait réussi. Cass., 22 décembre 1874, Sir., 75. 1. 249.

L'action tendant à faire priver le conjoint coupable de sa part dans les objets divertis ou recélés dure trente ans. Elle peut s'éteindre avant l'expiration de ce délai par la renonciation expresse ou tacite de l'intéressé ou des intéressés.

On doit décider aujourd'hui, comme on le faisait généralement dans notre ancien droit, que, si l'époux coupable rapporte spontanément l'objet diverti ou recélé, il cessera d'encourir la pénalité édictée par notre article. La solution contraire aurait pour résultat d'exciter l'époux coupable à persister dans sa mauvaise foi. Bien entendu, on ne tiendra compte de la remise effectuée par l'époux qu'autant qu'elle sera antérieure à la découverte du divertissement ou du recélé. Tribunal d'Auxerre, 16 février 1881, Sir., 81. 2. 94. Cpr. Paris, 30 juillet 1886, *Pandectes françaises,* 86, II, 157.

N° 3. Liquidation des créances personnelles de l'un des époux contre l'autre.

230. Le partage de la communauté une fois opéré, la situation respective des deux époux ou de leurs réprésentants n'est pas toujours définitivement réglée. En effet il peut rester encore à liquider les créances personnelles de l'un des époux contre l'autre. On lit à ce sujet dans l'art. 1478 : « *Après le partage consommé, si l'un des deux époux » est créancier personnel de l'autre, comme lorsque le prix de son bien » a été employé à payer une dette personnelle de l'autre époux, ou pour » toute autre cause, il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui- » ci dans la communauté ou sur ses biens personnels* ». Et l'art. 1480 ajoute : « *Les donations que l'un des époux a pu faire à l'autre, ne s'exé- » cutent que sur la part du donateur dans la communauté, et sur ses » biens personnels* ».

La donation faite par l'un des époux à l'autre donne naissance à une créance personnelle de l'époux donataire contre le donateur. Si cette créance était payée sur les biens de la communauté, l'époux donataire ne recevrait en réalité que la moitié de ce qui lui est dû, puisqu'il serait payé avec des biens qui lui appartiennent pour moitié. Aussi la loi décide-t-elle que la donation s'exécutera tant sur la part de communauté du donateur que sur ses biens personnels. Cette créance par conséquent doit être réglée après le partage de la communauté, et il en est de même, aux termes de l'art. 1478, de toutes les créances personnelles de l'un des époux contre l'autre.

Appendice. — Du deuil de la veuve.

231. C'est une règle ancienne, que la veuve ne doit pas supporter les frais de son deuil. *Mulier non debet suis sumptibus lugere maritum.*

L'art. 1481 al. 1 la reproduit en ces termes : « *Le deuil de la femme* » *est aux frais des héritiers du mari prédécédé* ».

La loi ajoute : « *La valeur de ce deuil est réglée suivant la fortune du* » *mari* » (art. 1481 al. 2).

= *La valeur :* donc c'est en argent, et non en nature, que le deuil doit être payé à la femme.

« *Il est dû* », dit l'art. 1481 *in fine,* « *même à la femme qui renonce à* » *la communauté* ».

L'art. 1481 ne parlant que de la femme, sa disposition, qui constitue une sorte de privilège, ne saurait être étendue au mari veuf ; celui-ci supportera donc les frais de son deuil. Pour justifier cette différence entre le veuf et la veuve, il ne suffit pas de dire avec Tacite : *Feminis lugere honestum est, viris meminisse ;* car, si les convenances sociales exigent que la veuve porte le deuil de son mari, elles imposent une obligation de même nature au mari veuf. Peut-être la loi a-t-elle considéré que l'obligation pour la veuve de supporter les frais de son deuil constituerait souvent pour elle une charge fort lourde, parce qu'il n'est pas rare que la mort du mari diminue beaucoup les ressources de la femme, lorsqu'elle ne la laisse pas tout à fait dans la misère. Avec lui disparaît en effet une source importante de revenus, souvent la seule pour le ménage, les produits de son travail et de son industrie. Autre est la situation du mari : ordinairement sa condition au point de vue pécuniaire ne sera pas empirée par la mort de sa femme ; il n'y avait donc pas de raison pour mettre les frais de son deuil à la charge de la succession de sa femme.

§ II. *Du passif de la communauté et de la contribution aux dettes.*

232. Observation préliminaire. — La section I de notre chapitre contient un paragraphe intitulé : *Du passif de la communauté, et des actions qui en résultent contre la communauté* (art. 1409 à 1420). Ne fait-il pas double emploi avec celui dont nous allons aborder l'étude? Nullement. Dans le premier, la loi suppose la communauté existante, tandis que dans le second elle la suppose dissoute. C'est donc uniquement du passif de la communauté dissoute qu'il s'agit ici ; disons-le, une fois pour toutes, au début. Qu'il soit bien entendu aussi que tout ce que nous dirons des époux est applicable à leurs héritiers ou autres représentants.

233. Bien que la rubrique de notre paragraphe ne fasse mention que de la contribution aux dettes de la communauté, le législateur s'occupe aussi de l'obligation au paiement de ces mêmes dettes. Les mots *contribution aux dettes, obligation aux dettes,* éveillent des idées qui nous sont déjà connues. La contribution est un règlement du passif entre les époux et leurs représentants : il s'agit de savoir dans quelle mesure chaque époux, dans ses rapports avec l'autre, doit supporter en définitive les dettes de la communauté dissoute : en principe chaque époux contribue pour la moitié. L'obligation aux dettes est un

règlement entre chaque époux ou ses représentants, d'une part, et les créanciers de la communauté, d'autre part. La question à résoudre est celle de savoir dans quelle mesure chaque époux est tenu de répondre aux poursuites des créanciers de la communauté aujourd'hui dissoute: il peut se faire que ce soit pour plus de la moitié. Bien entendu, l'époux, qui, par suite des règles de l'obligation aux dettes, aurait été forcé de payer plus que sa part contributoire, a de droit son recours contre l'autre pour l'excédent (art. 1490 al. 2).

N° 1. De la contribution aux dettes.

234. La loi répartit entre les époux le passif de la communauté dissoute dans la même proportion que l'actif. « *Les dettes de la commu-* » *nauté* », dit l'art. 1482, « *sont pour moitié à la charge de chacun des* » *époux ou de leurs héritiers* ». Les mots « à la charge », qui indiquent que le législateur s'occupe de déterminer par qui sera supporté définitivement le poids, le fardeau de la dette, prouvent que cette disposition est bien relative à la contribution aux dettes. L'article ajoute : « *Les frais de scellé, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation* » *et partage, font partie de ces dettes* ».

Notons toutefois dès à présent, et sauf à y revenir plus tard avec détails, que le principe de la contribution pour la moitié reçoit, en ce qui concerne la femme, une restriction grave résultant de son bénéfice d'émolument, qui lui permet de ne supporter en définitive les dettes de la communauté que dans la mesure du profit qu'elle retire (art. 1483). Il faut donc dire que la femme contribue aux dettes de la communauté pour la moitié ou dans la mesure de son émolument.

La règle, que chaque époux contribue aux dettes de la communauté pour la moitié, ne s'applique qu'aux dettes de communauté *proprement dites,* c'est-à-dire à celles qui sont définitivement à la charge de la communauté ; elle demeure sans application aux dettes de communauté *improprement dites,* et nous entendons par là celles qui ne sont tombées dans la communauté qu'à charge de récompense contre l'époux du chef duquel elles proviennent. En effet nous savons que de semblables dettes doivent être supportées définitivement par l'époux débiteur; il ne peut donc pas être question d'y faire contribuer l'autre. Ainsi la femme était propriétaire lors du mariage d'un immeuble, dont le prix était encore dû au vendeur. La dette du prix est tombée dans la communauté, sauf récompense contre la femme (art. 1409-1°). Si cette dette n'est pas encore payée lors de la dissolution de la communauté, le mari ne devra y contribuer pour aucune portion.

Les époux peuvent d'ailleurs modifier par le partage la règle de la contribution par moitié. « *Les dispositions précédentes* », dit l'art. 1490 al. 1, « *ne font point obstacle à ce que, par le partage, l'un ou l'autre des*

» *copartageants soit chargé de payer une quotité de dettes autre que la* » *moitié, même de les acquitter entièrement* ». C'est un moyen souvent employé dans la pratique pour compenser l'inégalité des lots : on met une part de dettes plus forte à la charge de celui dont le lot a une valeur plus considérable.

N° 2. Obligation aux dettes ou droit de poursuite des créanciers.

235. Dans quelle mesure chaque époux est-il tenu de payer les dettes de la communauté dissoute, sur les poursuites des créanciers ? Telle est la question qu'il nous faut maintenant résoudre.

Deux grands principes gouvernent cette matière.

Premier principe. *Chaque époux est tenu, pour le total, des dettes qui sont tombées de son chef dans la communauté, et dont il est par suite débiteur personnel.* Arg. art. 2092. Ainsi l'un des époux était grevé d'une dette mobilière lors du mariage ; cette dette est tombée à la charge de la communauté, d'après l'art. 1409-1°. Supposons qu'elle ne soit pas encore payée lors de la dissolution de la communauté ; le créancier pourra en poursuivre le paiement intégral contre l'époux débiteur. Inutilement celui-ci objecterait-il que la dette est tombée à la charge de la communauté, que par suite il n'est plus débiteur que de la moitié, l'autre moitié demeurant à la charge de son conjoint. Il serait facile de répondre que les époux peuvent bien, par leurs conventions matrimoniales expresses ou tacites, répartir entre eux comme ils l'entendent le fardeau de leurs dettes respectives ; mais ces conventions, auxquelles les créanciers demeurent étrangers, ne peuvent porter aucune atteinte au droit qui leur appartient de poursuivre leur débiteur pour le tout. Un créancier ne peut pas être contraint à changer de débiteur.

Deuxième principe. *Chaque époux n'est tenu que pour la moitié, des dettes de la communauté, qui procèdent exclusivement du chef de son conjoint, et dont par suite il n'est pas, lui, débiteur personnel.* En effet chaque époux, à raison des dettes tombées dans la communauté du chef de son conjoint, ne saurait être tenu qu'en sa qualité d'associé, de commun en biens, donc pour la moitié seulement. Il peut être poursuivi dans cette mesure par le créancier, qui a le droit d'invoquer sur ce point les conventions matrimoniales. Car, si un époux ne peut pas valablement, comme on vient de le voir, briser en tout ou en partie le lien qui l'attache à son créancier, il peut au contraire très valablement fortifier ce lien en y ajoutant la garantie résultant de l'obligation de son conjoint considéré comme commun en biens.

Cela posé, faisons successivement l'application de ces principes aux dettes procédant du chef du mari, à celles procédant du chef de la femme, enfin à celles procédant du chef des deux époux.

236. A. — *Dettes procédant du chef du mari.* Aux termes de l'art. 1484 : « *Le mari est tenu, pour la totalité, des dettes de la communauté par lui* » *contractées; sauf son recours contre la femme ou ses héritiers pour la* » *moitié desdites dettes* ». Ainsi nous venons de voir que le mari peut être forcé de payer pour le tout, même après la dissolution de la communauté, ses dettes mobilières antérieures au mariage, tombées dans la communauté aux termes de l'art. 1409-1°. Il est tenu de la même manière du paiement des dettes qu'il a contractées pendant le cours du mariage, bien qu'elles soient mises à la charge de la communauté par l'art 1409-2°.

Au surplus, ce que la loi dit des dettes de la communauté *contractées* par le mari, doit être appliqué sans hésitation à toutes les dettes tombées dans la communauté de son chef, quelle qu'en soit la source. Le mari pourra donc être poursuivi pour la totalité des dettes de la communauté procédant de son chef, aussi bien lorsqu'elles résulteront d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi que lorsqu'elles auront, comme le suppose notre texte, leur source dans un contrat. Les obligations dérivant des contrats étant de beaucoup les plus nombreuses, il est arrivé plus d'une fois au législateur, qui statue ordinairement *de eo quod plerumque fit,* de parler d'obligations *contractées,* alors qu'il avait en vue des obligations dérivant d'une source quelconque. Voyez notamment art. 1348 al. 1. Juridiquement d'ailleurs, il n'y a aucun motif de distinguer.

En résumé, les créanciers peuvent poursuivre le mari pour la totalité des dettes de la communauté dissoute, qui procèdent de son chef.

Peuvent-ils aussi poursuivre la femme à raison de ces mêmes dettes? Oui, mais seulement pour la moitié, d'après notre deuxième principe (art. 1487, arg. du mot *même*). En effet la femme n'est plus ici débitrice personnelle; elle ne peut être recherchée qu'en sa qualité de commune en biens, donc seulement pour la moitié, et encore sauf son bénéfice d'émolument, comme nous le verrons plus loin.

237. B.— *Dettes procédant du chef de la femme.* On lit dans l'art. 1486 : « *La femme peut être poursuivie pour la totalité des dettes qui procèdent* » *de son chef et étaient entrées dans la communauté, sauf son recours* » *contre le mari ou son héritier, pour la moitié desdites dettes* ». Cette règle s'applique : 1° aux dettes mobilières de la femme antérieures au mariage ; 2° aux dettes des successions et des donations mobilières qui lui sont échues pendant le mariage ; 3° aux dettes que la femme a contractées pendant le mariage avec l'autorisation de son mari, ou même avec l'autorisation de la justice dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1427.

A raison de toutes ces dettes, les créanciers peuvent agir contre la

femme pour le tout; peuvent-ils agir aussi contre le mari? Ils pouvaient le poursuivre pour le tout pendant la durée de la communauté, en vertu du principe que toute dette de la communauté est dette du mari : ce qui signifie, nous le savons, que, pendant la durée de l'association conjugale, les biens du mari étant confondus avec ceux de la communauté, tout créancier, qui a action contre la communauté, a par cela même action contre le mari. Mais aujourd'hui que la communauté est dissoute, la confusion entre le patrimoine du mari et celui de la communauté a cessé; par suite le mari ne peut plus être tenu que comme commun en biens, donc pour la moitié. Ainsi le décidait Pothier, et sa doctrine a été reproduite par l'art. 1485, ainsi conçu : « *Il* [le mari] *n'est tenu que pour moitié, de celles personnelles à la* » *femme et qui étaient tombées à la charge de la communauté* ».

On conteste cependant que ce principe soit applicable aux dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari. Alors, dit-on, le mari peut, après la dissolution de la communauté comme pendant sa durée, être poursuivi pour la totalité, son autorisation ayant eu pour effet de l'obliger personnellement, par exception à la règle *Qui auctor est non se obligat*. Nous avons réfuté cette manière de voir, *supra* n. 95. Même controverse pour les dettes contractées par la femme avec l'autorisation de la justice dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1427.

238. C. *Dettes procédant du chef des deux époux.* Il s'agit des obligations contractées par le mari et par la femme soit conjointement, soit solidairement.

Aucune difficulté ne saurait s'élever en ce qui concerne les obligations contractées solidairement par les deux époux. L'un et l'autre peuvent être poursuivis pour le tout soit pendant la communauté, soit après sa dissolution.

Il y a quelque doute quant aux obligations contractées conjointement par les deux époux, sans expression de solidarité, pendant la durée de l'association conjugale. Incontestablement la femme ne peut être poursuivie que pour la moitié : « *La femme, même personnellement* » *obligée pour une dette de communauté* », dit l'art. 1487, relatif à cette hypothèse, « *ne peut être poursuivie que pour la moitié de cette dette, à* » *moins que l'obligation ne soit solidaire* ». C'est le droit commun en matière d'obligation conjointe. Ce même droit commun conduirait à dire que le mari, lui aussi, n'est tenu que pour la moitié. On admet cependant en général, conformément au sentiment de Pothier, qu'il peut être poursuivi pour la totalité. En effet, l'intention des parties, en associant la femme à l'engagement du mari, n'a pas été de diminuer l'étendue de l'obligation contractée par celui-ci, mais de la fortifier en y ajoutant la garantie résultant de l'engagement de la femme.

N° 3. Du bénéfice d'émolument.

239. Le bénéfice d'émolument (quelques-uns l'appellent bénéfice d'inventaire) consiste dans le droit, qui est accordé à la femme, de ne payer les dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, c'est-à-dire du profit qu'elle retire de la communauté, « jusqu'à concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté », comme disait l'art. 228 de la coutume de Paris, auquel a été emprunté l'art. 1483, ainsi conçu : « *La femme n'est tenue des » dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des » créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y » ait eu bon et fidèle inventaire, et en rendant compte tant du contenu de » cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage* ».

Exemple : Les biens mis par le partage dans le lot de la femme ont une valeur de 10,000 fr.; les dettes de la communauté s'élèvent à 30,000 fr., et par conséquent la part contributoire de la femme, à 15,000 fr. En vertu de son bénéfice d'émolument, la femme aura le droit de ne supporter les dettes que jusqu'à concurrence de 10,000 fr.

Nous avons déjà indiqué (*supra* n. 194) la raison d'être de ce bénéfice, qui présente beaucoup d'analogie avec le bénéfice d'inventaire accordé à l'héritier. On n'a pas voulu que la femme, qui est complètement exclue de la gestion des biens communs, pût être engagée par le fait de son mari « seigneur et maître de la communauté », au delà de la valeur des biens qu'elle recueille dans la communauté. C'est assez que la femme soit exposée à perdre sa mise en communauté par suite de la mauvaise gestion du mari, sans qu'elle doive en outre être tenue sur ses biens personnels des conséquences de cette gestion. Comme le disait Dumoulin, *Marito non licet onerare propria uxoris.*

240. A qui le bénéfice d'émolument peut-il être opposé? — La femme peut opposer son bénéfice d'émolument à son mari, même à raison des dettes tombées dans la communauté de son chef. En un mot, toutes les fois que la femme a payé les dettes de la communauté, même celles dont elle est débitrice personnelle, au delà de son émolument, elle peut recourir contre son mari pour l'excédent. L'art. 1483 semble donner à entendre que la femme peut aussi, dans tous les cas, opposer son bénéfice d'émolument aux créanciers de la communauté (arg. tiré des mots « soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers »). Mais tout le monde admet que ce texte est conçu dans des termes beaucoup trop généraux. Il est sans difficulté que la femme peut opposer son bénéfice d'émolument aux créanciers qui la poursuivent à raison d'une dette tombée dans la communauté du chef du mari : attaquée comme associée, la femme peut sans nul doute invoquer un bénéfice que la loi lui accorde précisément en sa qualité d'associée.

Mais aura-t-elle encore ce droit, si elle est poursuivie pour le paiement d'une dette dont elle est débitrice personnelle, et qui est tombée dans la communauté de son chef? Pothier le lui refusait dans ce cas, et tous les auteurs acceptent sa décision, malgré le doute qui peut résulter des termes absolus de l'art. 1483. C'est qu'en effet, outre qu'il s'agit d'une matière toute traditionnelle, dans laquelle par suite la tradition a presque l'autorité d'un texte de loi, la limitation admise par Pothier tient à l'essence même du bénéfice d'émolument. Nous l'avons déjà dit, il est accordé à la femme en qualité d'associée, et ne peut par suite être invoqué par elle qu'à ce titre. Or ici elle est poursuivie comme débitrice personnelle, et en cette qualité elle est tenue indéfiniment des suites de son obligation. La femme devra donc payer le total, sauf son recours pour tout ce qui excède son émolument contre son mari auquel son bénéfice peut toujours être opposé.

241. Une seule condition est requise pour que la femme ait droit au bénéfice d'émolument : « qu'il y ait eu *bon* et *fidèle* inventaire ».

L'inventaire doit être *bon,* c'est-à-dire exact; *fidèle,* c'est-à-dire fait de bonne foi.

Si la femme a fait un inventaire infidèle, ce qui arrive si elle a omis sciemment et de mauvaise foi de comprendre dans l'inventaire certains effets de la communauté, elle est déchue du bénéfice d'émolument. La même déchéance ne serait pas nécessairement attachée, suivant l'opinion générale, à la simple inexactitude de l'inventaire qui aurait été fait de bonne foi. Arg. art. 1483 et 801.

Bien que la loi ne le dise pas, l'inventaire doit être, non seulement fidèle et exact, mais de plus *régulier,* c'est-à-dire fait dans les formes légales.

L'inventaire est requis comme condition du bénéfice d'émolument, de quelque manière que la communauté se soit dissoute. Mais la loi n'exige pas qu'il soit dressé par les soins de la femme; elle dit : « pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire ». La femme d'un failli, qui avait obtenu la séparation de biens, a été admise à user du bénéfice d'émolument en vertu d'un inventaire dressé par les syndics de la faillite.

D'après la jurisprudence, qui a comblé sur ce point une lacune de la loi, l'inventaire ne peut faire acquérir à la femme le bénéfice d'émolument qu'autant qu'il est dressé dans le délai de trois mois. Un inventaire tardif n'offrirait plus aucune garantie aux créanciers. Besançon, 17 janvier 1883, Sir., 84. 2. 45.

Il est tout simple que l'inventaire ait été exigé comme condition du bénéfice d'émolument. La femme doit en effet rendre compte de son émolument, c'est-à-dire du profit qu'elle retire de la communauté, à ceux contre lesquels elle use de son bénéfice ; or comment cela serait-il possible en l'absence d'un inventaire constatant la consistance et la valeur des biens de la communauté ?

* La loi toutefois ne s'exprime pas sur ce point en termes très nets; elle dit que la femme, qui veut user du bénéfice d'émolument, doit rendre compte « tant du contenu » de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage ». Cela signifie probablement que la femme, qui veut user du bénéfice d'émolument, doit, d'une part, justifier que tous les effets figurant dans l'inventaire ont été compris dans le partage ou dans les opérations préliminaires auxquelles il donne lieu, et, d'autre part, rendre

compte de la valeur de tous les effets mis dans son lot, qu'ils fussent ou non compris dans l'inventaire. Il peut arriver en effet, soit que certains objets qui figurent dans l'inventaire n'aient pas été compris dans le partage, auquel cas l'émolument de la femme ne se borne pas à ce que contient son lot, puisqu'elle a encore quelque chose à espérer dans les objets non partagés, soit que l'on ait compris dans le partage des objets qui ne figuraient pas dans l'inventaire, par exemple des immeubles, que plusieurs praticiens sont dans l'usage de ne pas mentionner dans cet acte, ou des objets mobiliers qui y ont été oubliés, et dans ce cas la femme doit rendre compte de ceux de ces objets qui ont été mis dans son lot.

242. Cela posé, l'émolument de la femme comprend : 1° tous les biens de la communauté qui lui sont échus par le partage, même ceux qui lui ont été attribués à titre de préciput; 2° les fruits de ces biens; 3° les sommes dont la femme était débitrice envers la communauté et qui lui ont été précomptées sur sa part : c'est là une valeur active de la communauté, qui fait partie du lot de la femme et par suite de son émolument.

Mais il ne faut pas considérer comme faisant partie de l'émolument de la femme les biens qu'elle prélève à titre de paiement de ses reprises ou des indemnités qui lui sont dues par la communauté. Les biens ainsi prélevés ont pour but de combler un déficit dans le patrimoine propre de la femme, déficit dont la communauté a tiré profit : ils ne font pas plus partie de l'émolument de la femme, c'est-à-dire de son profit dans la communauté, que ses biens propres. L'émolument de la femme ne comprend que ce qu'elle reçoit à titre d'associée, et non ce qu'elle reçoit à titre de créancière.

Pour déterminer le montant de l'émolument de la femme, on doit estimer les objets compris dans son lot d'après leur valeur au temps du partage. C'est en effet à ce moment que la situation des parties a été définitivement réglée. La femme doit rendre compte de son émolument, c'est-à-dire de son profit, de ce dont elle s'enrichit; or elle ne s'enrichit que de ce qu'elle reçoit par le partage. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens.

D'ailleurs les créanciers, auxquels la femme oppose son bénéfice d'émolument, auraient le droit de contester soit l'estimation faite dans l'inventaire, soit celle qui est faite dans le partage, car ils n'ont été parties ni à l'un ni à l'autre de ces actes, et de provoquer une estimation contradictoire à dire d'experts. Les experts devraient se reporter pour cette estimation à l'époque du partage.

243. Le bénéfice d'émolument de la femme commune en biens présente une grande analogie avec le bénéfice d'inventaire de l'héritier. Mais il y a entre l'un et l'autre des différences importantes.

1° L'héritier, qui veut avoir droit au bénéfice d'inventaire, doit, non seulement faire un inventaire des biens de la succession, mais encore déclarer, dans les formes prescrites par la loi, qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire (art. 793). Une déclaration de ce genre n'est pas nécessaire pour faire acquérir à la femme le bénéfice d'émolument; l'inventaire suffit.

2° L'inventaire, qui sert de base au bénéfice d'émolument, doit, à peine de déchéance, être fait dans les trois mois qui suivent la dissolution de la communauté (*supra* n. 241). L'héritier, qui veut accepter sous bénéfice d'inventaire, peut utilement faire inventaire après l'expiration du délai de trois mois (art. 800).

3° Le bénéfice d'inventaire empêche la confusion de s'établir entre les biens de la succession et les biens personnels de l'héritier ; il opère la séparation des patrimoines (art. 802). Au contraire, le bénéfice d'émolument n'empêche pas les biens, que la femme reçoit pour sa part dans la communauté, de se confondre avec ses biens personnels. De là il résulte :

a. Que les créanciers de la communauté peuvent poursuivre la femme sur tous ses biens pour la part de dettes dont elle est tenue (arg. art. 2092), mais sans qu'elle puisse être forcée de payer plus que le montant de son émolument quand elle oppose son bénéfice. L'héritier bénéficiaire, au contraire, ne peut pas en principe être poursuivi sur ses biens personnels (art. 803).

b. — Que la femme ne peut pas, comme l'héritier bénéficiaire (art. 802), se décharger de toute obligation à l'égard des créanciers auxquels elle oppose son bénéfice d'émolument, en leur faisant l'abandon en nature des effets à elle attribués par le partage et qui constituent son émolument dans la communauté. Aucun texte en effet n'autorise la femme à effectuer cet abandon, et l'autorité de Pothier, que quelques auteurs invoquent à l'appui de l'opinion contraire, ne suffit pas à notre avis pour la légitimer.

c.— Que la femme peut, sans encourir la déchéance de son bénéfice d'émolument, aliéner comme elle l'entend les biens meubles ou immeubles qui lui sont échus par le partage. Au contraire, l'héritier bénéficiaire, qui vend les biens de la succession sans observer les formes prescrites par la loi, est déchu de son bénéfice d'inventaire (C. pr. art. 988).

N° 4. Du recours que peut exercer celui des conjoints qui a payé les dettes de la communauté au delà de sa part.

244. Celui des époux, qui a payé une dette de la communauté au delà de sa part, n'a pas en principe de recours à exercer contre le créancier, *qui suum recepit*. Nous lisons en effet dans l'art. 1488 : « *La femme qui a payé une dette de la communauté au delà de sa moi-* » *tié, n'a point de répétition contre le créancier pour l'excédant, à moins* » *que la quittance n'exprime que ce qu'elle a payé était pour sa moitié* ».

Ce texte, qui ne parle que de la femme, mais qui, par analogie de motifs, doit être considéré comme applicable aussi au mari, prévoit évidemment le cas où la femme paie au delà de sa moitié une dette tombée dans la communauté *du chef de son mari ;* car, si elle a ainsi payé une dette tombée dans la communauté *de son propre chef,* c'est-à-dire une dette dont elle était débitrice personnelle pour le total, il va de soi qu'elle n'a pas de recours à exercer contre le créancier. Cela posé, la disposition de notre article est fondée sur la présomption, que la femme, en payant au delà de sa moitié une dette tombée dans la communauté du chef de son mari, n'a pas agi sous l'influence d'une erreur, mais dans le but de faire honneur à l'engagement de son mari. C'est là une présomption *juris et de jure*. Inutilement donc la femme offrirait-elle de prouver, dans le but d'arriver à exercer l'action en répétition, que c'est par erreur qu'elle a payé au delà de sa moitié. Et toutefois, l'erreur étant évidente quand la quittance porte que ce que la femme a payé était *pour sa part,* la loi admet en ce cas la répétition.

Mais si l'époux, qui a payé au delà de sa part contributoire une dette de la communauté, n'a pas en principe le droit d'agir en répétition contre le créancier, il a de droit un recours contre l'autre époux ou ses héritiers pour ce qu'il se trouve avoir payé en leur acquit. « *Tou-*

» *tes les fois que l'un des copartageants a payé des dettes de la commu-* » *nauté au delà de la portion dont il était tenu, il y a lieu au recours de* » *celui qui a trop payé contre l'autre* », dit l'art. 1490 al. 2.

On trouve une application de ce principe dans l'art. 1489, ainsi conçu : « *Celui des* » *deux époux qui, par l'effet de l'hypothèque exercée sur l'immeuble à lui échu en* » *partage, se trouve poursuivi pour la totalité d'une dette de communauté, a de droit* » *son recours pour la moitié de cette dette contre l'autre époux ou ses héritiers* ». Ce recours pourrait être supérieur à la moitié, si le paiement avait été fait par la femme; la loi lui permet en effet de recourir contre son mari pour tout ce qui excède son émolument (art. 1483).

Enfin, aux termes de l'art. 1491 : « *Tout ce qui est dit ci-dessus à* » *l'égard du mari ou de la femme, a lieu à l'égard des héritiers de l'un* » *ou de l'autre; et ces héritiers exercent les mêmes droits et sont soumis* » *aux mêmes actions que le conjoint qu'ils représentent* ». Les héritiers de la femme ont donc droit comme elle au bénéfice d'émolument.

SECTION VI

DE LA RENONCIATION A LA COMMUNAUTÉ ET DE SES EFFETS

245. La rubrique de cette section est conçue dans des termes beaucoup trop généraux; car le législateur ne s'occupe ici que des effets de la renonciation, dont il a déjà réglé les conditions et les formes dans les art. 1453 et suivants.

La femme qui renonce à la communauté, est censée n'avoir jamais été associée (arg. art. 785). L'art. 1492 al. 1 ne fait que déduire une conséquence de ce principe, lorsqu'il dit : « *La femme qui renonce,* » *perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur* » *le mobilier qui y est entré de son chef* ». — *Sur le* MOBILIER, dit la loi : il aurait fallu dire *sur les* BIENS; car la femme renonçante perd certainement tout droit sur les immeubles tombés de son chef dans la communauté, aussi bien que sur les meubles. La loi n'a parlé que du mobilier, parce qu'il sera rare, au moins sous le régime de la communauté légale, que les immeubles advenus à la femme tombent dans la communauté; on peut citer comme exemple le cas d'un immeuble donné à la femme sous la condition qu'il deviendra commun. Ici comme ailleurs, *lex statuit de eo quod plerumque fit.* — En un mot, la femme renonçante perd toute sa mise dans la communauté.

Toutefois, des considérations d'humanité ont porté le législateur à accorder à la femme renonçante le droit de retirer « *les linges et hardes* » *à son usage* » (art. 1492 *in fine*). Cette exception à la règle a été empruntée à notre ancien droit, où elle paraît s'être introduite par un motif de décence : *mulier non debet abire nuda.* Moins parcimonieux d'ailleurs que la plupart de nos anciennes coutumes, qui limitaient la faveur au strict nécessaire, le code civil, par la formule générale qui termine l'art. 1492, permet à la femme renonçante de retirer toute sa garde-robe.

Comme toutes les dispositions qui dérogent à un principe général, celle qui nous occupe doit être interprétée restrictivement. La femme renonçante n'aurait donc pas le droit de reprendre son linge de lit ni son linge de table (la loi dit *les linges... à son usage,* ce qui ne comprend que le linge de corps), ni à plus forte raison ses dentelles, bijoux et joyaux, et cela sans distinction entre ceux qui lui ont été donnés lors du mariage ou depuis, par son mari ou par d'autres; le tout cependant pourvu qu'ils ne lui aient pas été donnés à la condition qu'ils lui demeureraient propres (arg. art. 1401-1°), et on pourrait à notre avis, suivant les circonstances, considérer cette condition comme sous-entendue dans certaines donations faites à la femme de la main à la main, par exemple celle de son anneau nuptial, peut-être de sa montre, Troplong ajoute la tabatière.

Le droit accordé à la femme de retirer les linges et hardes à son usage personnel, lui appartient, même lorsque la communauté s'est dissoute par le divorce ou par la séparation de corps ou de biens. L'art. 1492 ne distingue pas, et sa disposition, qui crée le droit dont nous nous occupons et l'organise, doit prévaloir sur celle de l'art. 1495 *in fine,* qui, parlant incidemment de ce droit, semble donner à entendre qu'il n'appartient qu'à la femme survivante.

246. La renonciation de la femme, la rendant étrangère à l'actif de la communauté, doit aussi la rendre étrangère au passif. C'est ce que dit l'art. 1494 : « *La femme renonçante est déchargée de toute contribu-* » *tion aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard* » *des créanciers. Elle reste néanmoins tenue envers ceux-ci, lorsqu'elle* » *s'est obligée conjointement avec son mari ou lorsque la dette, devenue* » *dette de la communauté, provenait originairement de son chef; le tout* » *sauf son recours contre le mari ou ses héritiers* ».

La femme renonçante, dit la loi, est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté à l'égard de son mari, c'est-à-dire que, dans les rapports des deux époux entre eux, toutes les dettes de la communauté, même celles qui y sont tombées du chef de la femme, doivent être définitivement supportées par le mari qui recueille tout l'actif. Il y a exception toutefois pour les dettes qui étaient tombées dans la communauté du chef de la femme à charge de récompense : la femme, même renonçante, doit les supporter définitivement ; car, ayant le droit de se faire payer les récompenses qui lui sont dues par la communauté, il est juste qu'elle paye celles dont elle est débitrice. Ces récompenses grossissent l'actif de la communauté, qui appartient tout entière au mari ; il y aurait lieu de les rapporter en cas d'acceptation, elles doivent être payées en cas de renonciation. Autrement la femme renonçante retiendrait quelque chose de la communauté.

Mais, si la femme renonçante est déchargée des dettes de la communauté à l'égard de son mari, elle ne l'est pas toujours à l'égard des créanciers. A cet égard il faut faire une distinction.

S'agit-il de dettes tombées dans la communauté du chef du mari ? la femme sera, à raison de ces dettes, déchargée de toute obligation (la loi dit à tort de toute contribution) à l'égard des créanciers. En

effet la femme, n'étant pas ici personnellement obligée, ne peut être tenue qu'en qualité d'associée, de commune en biens ; or elle est censée, par sa renonciation, n'avoir jamais été associée.

S'il s'agit au contraire de dettes tombées dans la communauté de son chef, la femme en reste tenue envers les créanciers ; car elle est obligée personnellement, et elle n'a pas pu par sa renonciation, par conséquent par son propre fait, se libérer des liens de son obligation. Bien entendu, si la femme est obligée de payer, elle aura un recours contre son mari, qui doit en définitive supporter tout le passif de la communauté.

En résumé, la femme, par sa renonciation, se libère *erga omnes* des dettes de la communauté *dont elle est tenue seulement en sa qualité de commune,* c'est-à-dire de celles procédant du chef de son mari ; elle n'est libérée au contraire qu'à l'égard de son mari, tout en restant obligée à l'égard des créanciers, à raison des dettes de la communauté *dont elle est débitrice personnelle,* ou comme le dit l'art. 1494, *des dettes provenant de son chef.* Cette formule, que nous avons déjà rencontrée dans l'art. 1486, comprend, ainsi que nous l'avons dit (*supra* n. 237) : 1° les dettes mobilières de la femme antérieures au mariage ; 2° les dettes des successions et des donations qui lui sont échues pendant le cours du mariage ; 3° les dettes qu'elle a contractées pendant le cours du mariage avec l'autorisation de son mari, ou avec celle de la justice dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1427.

247. Droits de la femme renonçante. — Si la femme renonçante perd tout droit à la communauté, du moins elle conserve intact son patrimoine propre. Elle a donc le droit de reprendre tous ses biens personnels, et aussi de se faire payer toutes les indemnités qui lui sont dues par la communauté ; car les créances qui lui appartiennent de ce chef font partie de son patrimoine propre, au détriment duquel la communauté s'est enrichie, et le paiement de ces créances ne constitue par suite qu'une restitution au profit de la femme. Nous venons d'analyser l'art. 1493, ainsi conçu : « *La femme renonçante a* » *le droit de reprendre,* — 1° *Les immeubles à elle appartenant, lors-* » *qu'ils existent en nature, ou l'immeuble qui a été acquis en remploi ;* » — 2° *Le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a pas été fait* » *et accepté comme il est dit ci-dessus ;* — 3° *Toutes les indemnités qui* » *peuvent lui être dues par la communauté* ».

En comparant cet article avec l'art. 1470, on voit que ces deux textes sont calqués l'un sur l'autre, et que par suite la femme peut reprendre, en cas de renonciation, exactement ce qu'elle a le droit de prélever sur la masse en cas d'acceptation. Cette coïncidence n'est pas fortuite. En effet, ce que la femme perd par sa renonciation, c'est

ce qu'elle aurait gagné par son acceptation, c'est-à-dire le droit de prendre la moitié de la *masse partageable*. Elle a donc droit en toute hypothèse à la portion de son patrimoine qui ne fait pas partie de cette masse, c'est-à-dire aux biens qui lui appartiennent en propre et aux indemnités qui lui sont dues par la communauté : elle *prélève* tout cela au cas d'acceptation (art. 1470), elle le *reprend* au cas de renonciation (art. 1493).

248. Sur quels biens la femme renonçante peut exercer ses reprises. — La femme renonçante, comme d'ailleurs la femme acceptante, peut avoir à exercer des reprises en nature et d'autres en argent. — *En nature,* à raison de ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté et qui se retrouvent *in specie.* — *En argent,* pour le paiement des récompenses ou indemnités qui lui sont dues soit par la communauté, soit par le mari.

En ce qui concerne les reprises de sommes d'argent, l'art. 1495 al. 1 dit : « *Elle* [la femme] *peut exercer toutes les actions et reprises ci-* » *dessus détaillées, tant sur les biens de la communauté que sur les biens* » *personnels du mari* ». C'est qu'en effet, par la renonciation de la femme, tous les biens de la communauté deviennent biens du mari, dans le patrimoine duquel ils se confondent avec ses autres biens. Créancière du mari, la femme peut donc s'attaquer à tous ces biens indistinctement (arg. art. 2092). Ses droits pour le paiement de ses reprises sont, sauf le bénéfice de son hypothèque légale, ceux d'un créancier ordinaire contre son débiteur.

De là résultent les conséquences suivantes :

1° A défaut d'argent comptant, la femme n'a pas le droit, comme au cas d'acceptation (art. 1471), d'exiger pour le paiement de ses reprises l'attribution en nature de biens dépendant de la ci-devant communauté, ni à plus forte raison de biens personnels du mari. En d'autres termes, la femme renonçante ne peut pas exercer ses reprises par voie de prélèvements; car ce mode de paiement, que la loi autorise au profit de la femme acceptante, ne se justifie que par la qualité de copropriétaire des biens de la communauté, qualité qui n'appartient pas à la femme renonçante. D'ailleurs *prélever,* c'est prendre avant partage, *præ capere,* et par conséquent sur la masse partageable. Le *prélèvement* suppose donc l'existence d'une masse partageable et d'un partage; or il n'y a ni masse partageable ni partage, quand la femme renonce à la communauté. Elle n'a plus dans ce cas que le droit, qui appartient à un créancier ordinaire, de s'attaquer aux biens de son débiteur et de les faire vendre pour se payer sur le prix. Et si, par le résultat d'un commun accord, le mari cédait à la femme soit un bien de la communauté, soit un autre bien à lui appartenant, en paiement de ses reprises, il faudrait voir dans cette opération une *datio in solutum,* opérant une transmission de propriété du mari à la femme, et qui donnerait lieu, d'une part au paiement du droit proportionnel de mutation (jurisprudence constante de la cour de cassation en ce sens), et d'autre part à la transcription, si les biens cédés sont immobiliers.

2° Les reprises de la femme renonçante, autres que celles de ses immeubles propres qui existent en nature, constituent un droit essentiellement mobilier ; car elles ont pour objet une somme d'argent.

3° La femme renonçante n'a, sauf son hypothèque légale, aucun droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de son mari pour le paiement de ses reprises. Ce point n'est plus contesté en doctrine ni en jurisprudence, depuis que la cour de cassation a condamné, par l'arrêt solennel de 1858, sa jurisprudence antérieure, d'après laquelle la femme exerçait ses reprises à titre de propriétaire (*supra* n. 224).

249. Droits des héritiers de la femme renonçante. — En principe, les héritiers succèdent à tous les droits de leur auteur. Les héritiers de la femme renonçante peuvent donc exercer tous les droits auxquels sa renonciation donne ouverture. Il en est de même des héritiers qui ont renoncé à la communauté du chef de la femme, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer si la communauté s'est dissoute par la mort de la femme, ou si celle-ci, ayant survécu à la dissolution de la communauté, est morte avant d'avoir pris parti.

L'art. 1495 al. 2 indique une double exception à notre règle : « *Ses » héritiers le peuvent de même, sauf en ce qui concerne le prélèvement » des linges et hardes, ainsi que le logement et la nourriture pendant le » délai donné pour faire inventaire et délibérer ; lesquels droits sont » purement personnels à la femme survivante* ».

Les héritiers de la femme ne peuvent en aucun cas profiter du privilège de l'art. 1465 (logement et nourriture pendant les trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer) : il est rigoureusement vrai de dire que ce droit est purement personnel à la femme survivante. Il n'en est pas tout à fait ainsi du privilège de l'art. 1492 *in fine* (droit pour la femme de reprendre les linges et hardes à son usage). Comme le précédent, ce privilège ne peut prendre naissance que dans la personne de la femme ; ses héritiers ne pourront donc pas l'exercer, si la communauté s'est dissoute par la mort de la femme, ni même si la femme, ayant survécu à la dissolution de la communauté, est morte avant d'avoir renoncé. Mais, si la femme est morte après avoir renoncé, le droit de retirer les linges et hardes étant né dans sa personne, ses héritiers pourront l'exercer à sa place, et à plus forte raison profiteront-ils des linges et hardes que la femme aurait elle-même retirés.

* Quelques auteurs distinguent cependant si la femme qui a renoncé est morte après avoir retiré ses linges et hardes, ou si elle est morte avant ; et, si, dans le premier cas, ils reconnaissent aux héritiers le droit de profiter des linges et hardes qu'ils trouvent dans la succession de la femme, ils leur refusent dans le second celui de les retirer de son chef, sous prétexte qu'il s'agit d'un droit purement personnel à la femme. — Mais cette distinction entre le droit exercé et le droit à exercer ne nous paraît pas admissible. Ce dont il faut uniquement se préoccuper, c'est de savoir si le droit est né ou s'il n'est pas né dans la personne de la femme. Une fois que le droit est né pour la femme, on peut dire que les linges et hardes sont dans son patrimoine. *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Qu'importe qu'elle ne les ait pas retirés ? C'est là un fait purement matériel, qui ne saurait exercer aucune influence sur le droit.

DEUXIÈME PARTIE

De la communauté conventionnelle et des conventions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale.

250. Le législateur va s'occuper ici successivement des conventions qui modifient la communauté légale (leur ensemble constitue la communauté dite *conventionnelle*), et des conventions qui excluent la communauté, ou conventions *exclusives de la communauté*. On se serait beaucoup mieux rendu compte du contenu de cette deuxième partie, si le législateur l'eût intitulée : *Des conventions qui modifient la communauté légale, et de celles qui l'excluent;* ou encore : *De la communauté conventionnelle, et des conventions exclusives de la communauté.* Logiquement, elle aurait dû être divisée en deux sections, consacrées, l'une aux conventions qui modifient la communauté, l'autre à celles qui l'excluent : chacune de ces sections aurait été subdivisée en paragraphes. Au lieu de cela, le législateur a divisé cette partie de son œuvre en neuf sections, dont les huit premières sont consacrées aux clauses les plus usitées parmi celles qui constituent la communauté conventionnelle, et la dernière aux conventions exclusives de la communauté. C'est un défaut de méthode.

251. Occupons-nous d'abord de la communauté conventionnelle. On l'a définie : *la communauté légale modifiée par la convention des parties.* Ce qui signifie que les époux, tout en conservant la communauté légale comme base de leur association conjugale quant aux biens, y dérogent sur un ou plusieurs points par les dispositions de leur contrat de mariage. Les règles de la communauté légale seront donc applicables, sauf les dérogations résultant de la convention des parties. C'est ce que dit l'art. 1528 : *La communauté conventionnelle reste sou-* » *mise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il* » *n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat* ».

Les époux qui veulent modifier la communauté légale, jouissent de la plus grande latitude : « *Les époux peuvent modifier la communauté légale* » *par toute espèce de conventions non contraires aux articles* 1387, 1388, » 1389 et 1390 », dit l'art. 1497 al. 1. La loi ajoute : « *Les principales* » *modifications sont celles qui ont lieu en stipulant de l'une ou de l'autre* » *des manières qui suivent; savoir,* — 1° *Que la communauté n'embrassera* » *que les acquêts;* — 2° *Que le mobilier présent ou futur n'entrera point* » *en communauté, ou n'y entrera que pour une partie;* — 3° *Qu'on y* » *comprendra tout ou partie des immeubles présents ou futurs, par la voie* » *de l'ameublissement;* 4° *Que les époux paieront séparément leurs det-* » *tes antérieures au mariage;* — 5° *Qu'en cas de renonciation, la femme* » *pourra reprendre ses apports francs et quittes;* — 6° *Que le survivant* » *aura un préciput;* — 7° *Que les époux auront des parts inégales;* — » 8° *Qu'il y aura entre eux communauté à titre universel* ».

Suivent huit sections, consacrées à l'étude des diverses clauses énu-

mérées par l'art. 1497, qui n'est à bien dire qu'une table des matières.

Et l'art. 1527 al. 1 et 2 dispose : « *Ce qui est dit aux huit sections* » *ci-dessus, ne limite pas à leurs dispositions précises les stipulations dont* » *est susceptible la communauté conventionnelle. — Les époux peuvent* » *faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'article* 1387, *et* » *sauf les modifications portées par les articles* 1388, 1389 *et* 1390 ». — Pour l'honneur des principes, le législateur devait effectivement le décider ainsi ; mais disons que la pratique n'offre guère d'exemples de modifications à la communauté légale autres que celles énumérées par l'art. 1497 et réglementées dans les sections qui suivent. Le législateur a prévu toutes les clauses usuelles.

On dira peut-être : « Quel besoin y avait-il de prévoir et de réglementer les modifications que les parties peuvent faire subir à la communauté légale ? Puisque ces modifications supposent nécessairement la confection d'un contrat de mariage, il était bien plus simple de laisser aux parties le soin de s'expliquer ; l'intervention du législateur était inutile ». Sachons-lui gré d'être intervenu. Il est désirable en effet que, quelle que soit la combinaison que veulent adopter les époux, ils puissent la trouver organisée de toutes pièces par la loi : ce qui leur permet de se référer purement et simplement à ses dispositions. Ce mode de procéder n'épargne pas seulement aux parties les difficultés et les longueurs de la rédaction, elle leur en épargne aussi les écueils. L'œuvre du législateur est en général moins imparfaite que celle des notaires, et l'application aux époux de la loi à laquelle ils se sont référés donnera lieu dans la pratique à moins de difficultés et à moins de procès, que l'application de la loi particulière dont ils auraient eux-mêmes arrêté les termes par leur contrat de mariage.

SECTION PREMIÈRE

DE LA COMMUNAUTÉ RÉDUITE AUX ACQUÊTS

252. La communauté réduite aux acquêts ou communauté d'acquêts n'était pas pratiquée dans les pays de coutume ; elle l'était au contraire dans la plupart des pays de droit écrit, et notamment dans le ressort du parlement de Bordeaux où on la joignait souvent au régime dotal sous le nom de *société d'acquêts*.

Le régime de la communauté réduite aux acquêts est aujourd'hui très usité. La lecture de l'art. 1498 suffit pour donner une idée de sa physionomie : « *Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux* » *qu'une communauté d'acquêts, ils sont censés exclure de la commu-* » *nauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier* » *respectif présent et futur. — En ce cas, et après que chacun des époux* » *a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts* » *faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et pro-* » *venant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les* » *fruits et revenus des biens des deux époux* ».

Ainsi, sous ce régime, les époux ne mettent en commun que les revenus de leurs biens respectifs présents et futurs et les produits de

leur travail et de leur industrie. La plus grande partie de ces revenus et produits sera ordinairement dépensée au fur et à mesure de leur acquisition, pour subvenir aux charges du mariage. Lors de la dissolution de l'association conjugale, la masse partageable sera donc *réduite* à la portion non consommée, ou aux biens qu'elle a servi à ACQUÉRIR si le placement en a été opéré, en d'autres mots, aux économies réalisées et aux produits de ces économies. D'où la dénomination de *communauté réduite aux* ACQUÊTS, qui signifie *communauté de biens à acquérir,* ou *communauté de biens acquis,* suivant qu'on se reporte par la pensée au commencement ou au terme de la société.

Aucune formule sacramentelle n'est prescrite pour la stipulation de la communauté d'acquêts. Il suffit que les époux aient manifesté d'une manière non équivoque, dans leur contrat de mariage, la volonté de se soumettre à ce régime : comme s'ils ont dit, par exemple, qu'ils entendaient exclure de la communauté tout leur mobilier respectif présent et futur et toutes leurs dettes présentes et futures.

I. *De la composition du patrimoine propre des époux et du patrimoine de la communauté, tant en actif qu'en passif.*

1. *Actif.*

253. Composition active du patrimoine propre des époux. — Sous le régime de la communauté légale, tout le mobilier présent et tout le mobilier futur des époux tombe en principe dans la communauté (art. 1401-1°) ; sous le régime dont nous nous occupons, le mobilier présent des époux est complètement exclu de la communauté. La loi dit qu'il en est de même du mobilier futur (art. 1498 al. 1) ; mais cette formule est beaucoup trop large. L'exclusion du mobilier futur ne porte que sur celui qui advient aux époux à titre *lucratif* pendant la durée de l'association conjugale, principalement à titre de succession ou de donation ; elle ne comprend donc pas le mobilier acquis à titre onéreux. En somme, chaque époux conserve propres tous ses biens présents, et, parmi ses biens futurs, tous ceux qui lui adviennent à titre lucratif, sans distinction entre les meubles et les immeubles.

Les biens mobiliers des époux constituent pour eux, tantôt des propres parfaits, tantôt des propres imparfaits (*supra* n. 80). Tout dépend de la volonté des parties, que les termes du contrat de mariage feront quelquefois connaître, et que, dans le silence du contrat, on induira des circonstances et particulièrement de la nature des biens.

Ainsi on doit considérer comme constituant des propres imparfaits pour l'époux du chef duquel ces biens proviennent :

1° Les sommes d'argent et les autres meubles qui se consomment par le premier usage. Arg. art. 587 ;

2° Les meubles destinés par leur nature à être vendus, par exemple les marchandises faisant partie d'un fonds de commerce ;

3° Les meubles qui ont été livrés par la femme au mari sur estimation, et sans déclaration que l'estimation n'emportera pas vente. Arg. art. 1551.

La question de savoir si tel bien de l'un des époux constitue un propre parfait ou un propre imparfait présente de l'importance sous plusieurs aspects, et principalement sous les suivants :

a. — Les risques des propres parfaits sont au compte de l'époux propriétaire, qui profite aussi seul des améliorations naturelles qu'acquièrent ces propres. *Res perit domino, res augetur domino.* Il en est autrement des propres imparfaits, qui, appartenant à la communauté, périssent ou augmentent de valeur pour elle;

b. — Lors de la dissolution de la communauté, les époux opèrent en nature la reprise de leurs propres parfaits. Au contraire, à raison de leurs propres imparfaits, ils ont seulement une créance contre la communauté, créance dont la reprise s'opère suivant le mode indiqué en l'art. 1471 al. 2 ;

c. — Les créanciers du mari ne peuvent pas saisir les propres mobiliers parfaits de la femme; car un créancier ne peut saisir que les biens appartenant à son débiteur. Si donc des propres mobiliers parfaits de la femme avaient été compris dans la saisie faite par un créancier du mari, la femme pourrait en demander la distraction (C. pr. art. 608);

d. — Le mari, qui a plein pouvoir pour aliéner les propres mobiliers imparfaits de sa femme, ne peut pas valablement au contraire aliéner ses propres mobiliers parfaits sans son consentement (*supra* n. 132 *bis*).

254. Composition active de la communauté d'acquêts. — La communauté d'acquêts comprend :

1° Tous les fruits et revenus des propres, échus ou perçus pendant la durée de l'association conjugale. Ceux échus ou perçus avant le mariage, ou après la dissolution de la communauté, appartiennent à l'époux propriétaire des biens qui les a produits.

D'ailleurs il est dû récompense aux époux pour les frais de labours et de semences par eux faits en vue de récoltes qui, se trouvant encore pendantes lors de la célébration du mariage, ont été recueillies par la communauté; de même qu'en sens inverse il serait dû récompense à la communauté des frais de labours et de semences par elle faits pour préparer des récoltes dont la dissolution de la société conjugale l'empêcherait de profiter. Le principe des récompenses, qui est fondamental en matière de communauté, doit être considéré comme faisant ici obstacle à l'application de l'art. 585.

2° Les produits du travail ou de l'industrie des époux. La loi dit *de l'industrie commune;* mais ces mots ne doivent pas être considérés comme se référant exclusivement à l'industrie que les deux époux exercent en commun; ils signifient : l'industrie tant de l'un que de l'autre époux.

On doit considérer comme produits de l'industrie des époux, et comme devenant à ce titre la propriété de la communauté :

a. Les compositions scientifiques, artistiques ou littéraires, émanées de l'un des époux pendant la durée de la communauté. Quant à celles produites antérieurement au mariage, elles constituent des propres pour l'époux qui en est l'auteur : la communauté n'a droit qu'aux fruits de ces compositions, par exemple au produit des éditions faites pendant le cours du mariage;

b. Les bénéfices que l'un des époux réalise par suite de l'exercice de sa profession,

quelle qu'elle soit, et par conséquent aussi la plus-value que le travail du mari a procurée à l'office ministériel dont il est titulaire. V. en sens contraire, Bordeaux, 17 février 1886, Sir., 86. 2. 206;

c. Le gain que l'un des époux fait au jeu, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit de jeux d'adresse ou de jeux de hasard; car, même dans ces derniers, l'industrie du joueur vient souvent en aide à la fortune. Il y a toutefois controverse sur ce dernier point.

Mais les purs dons de fortune, advenus aux époux pendant la durée de l'association conjugale, constituent des propres; car le mobilier futur est, d'une manière générale, exclu de la communauté (art. 1498), et la loi n'excepte de cette règle que les revenus des époux, les produits de leur travail ou de leur industrie, et les biens que ces revenus ou produits ont servi à acquérir. Ainsi le trésor ou la portion de trésor, acquise par l'un des époux pendant le mariage soit comme propriétaire, soit comme inventeur, lui demeurerait propre. Il en serait de même, à notre avis, du gain fait par l'un des époux à une loterie, pourvu que ce fût avec un billet qui lui appartînt en propre, soit parce qu'il en aurait fait l'acquisition avant le mariage, soit parce qu'il l'aurait reçu à titre gratuit pendant sa durée; car, si le billet avait été acquis à titre onéreux pendant le mariage, il appartiendrait à la communauté, qui profiterait du lot échu à ce billet. Sur le point de savoir ce qu'il faudrait décider relativement au lot gagné par une obligation à lots appartenant à l'un des époux, voyez t. I, n. 1345.

3° Les *acquêts,* c'est-à-dire tous les biens acquis à titre onéreux par les époux ou par l'un d'eux pendant la durée de la société conjugale. Sauf exception toutefois pour les biens acquis à titre de remploi, conformément aux art. 1434 et 1435.

2. *Passif.*

255. Le passif de la communauté d'acquêts comprend :

1° Toutes les dettes contractées pendant la durée de la communauté par le mari, ou par la femme autorisée de son mari (arg. art. 1409-2°), ou même par la femme autorisée de la justice, mais seulement dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1427.

L'art. 1498 emploie donc des expressions beaucoup trop générales, lorsqu'il déclare exclues de la communauté d'acquêts les dettes des deux époux actuelles et *futures;* il n'entend par dettes *futures* que celles qui sont une charge des biens acquis par les époux à titre de propres, par exemple les dettes des successions ou des donations qui leur échoient pendant le cours du mariage.

2° Les arrérages ou intérêts des rentes ou dettes passives personnelles aux époux. Arg. art. 1409-3°.

3° Les charges usufructuaires des propres, telles que réparations d'entretien et contributions. Arg. art. 1409-4°.

4° Enfin les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants et toutes les autres charges du mariage. Arg. art. 1409-5°.

Quant aux dettes des époux antérieures au mariage, et aux dettes des successions ou donations qui leur échoient pendant le cours du mariage, elles sont exclues de la communauté et demeurent propres à l'époux du chef duquel elles proviennent (art. 1498). Il en est de

même des dettes que la femme contracte avec l'autorisation de la justice, excepté pourtant dans les cas prévus par l'art. 1427.

II. *Administration de la communauté d'acquêts.*

256. L'administration de la communauté d'acquêts appartient au mari. Ses pouvoirs sont réglés par les art. 1421 et s., qui reçoivent ici leur application, la loi n'y ayant pas dérogé.

Il en résulte que les créanciers du mari antérieurs au mariage, bien qu'ils ne soient pas créanciers de la communauté, peuvent, pendant toute la durée de la société conjugale, s'attaquer aux biens de la communauté, qui se confondent avec ceux du mari (*supra* n. 82).

Quant aux créanciers personnels de la femme, qui ne sont pas en même temps créanciers de la communauté, par exemple ses créanciers antérieurs au mariage, ils ne peuvent agir que sur la nue propriété des biens personnels de leur débitrice, tant que dure la communauté. Arg. art. 1410 et 1426.

Le mari a également, comme sous le régime de la communauté légale, l'administration des biens personnels de la femme. On applique les art. 1428 et suivants.

II. *Dissolution de la communauté d'acquêts.*

257. La communauté d'acquêts se dissout par les mêmes causes que la communauté légale, c'est-à-dire par la mort de l'un des époux, par le divorce, par la séparation de corps et par la séparation de biens (v. art. 1441).

La communauté d'acquêts une fois dissoute, la femme peut l'accepter ou la répudier.

Si la femme renonce, elle a seulement droit à la reprise de ses apports et au paiement des indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. Arg. art. 1493. Elle jouit en outre du privilège de l'art. 1492 *in fine*.

Si elle accepte, il y a lieu au partage par moitié de la communauté entre le mari et la femme ou leurs représentants. Ce partage s'opère, dit l'art. 1498, « après que chacun des époux a prélevé ses apports » dûment justifiés ». Chaque époux doit donc justifier des apports dont il prétend opérer la reprise ; sinon, sa prétention devra être repoussée.

Reste à savoir comment devra être faite cette justification. Il faut distinguer à cet égard s'il s'agit d'immeubles ou de meubles.

a. — Il s'agit d'immeubles. L'époux qui prétend opérer le prélèvement n'éprouvera pas d'embarras ; car la propriété des immeubles est en général constatée par des titres, et, à défaut de titre, il sera facile à l'époux qui a apporté l'immeuble de justifier de sa possession légale antérieure au mariage. Aussi la loi n'a-t-elle pas parlé de cette hypo-

thèse, qui, dans la pratique, n'offrira guère de difficultés; elle demeure donc soumise aux règles du droit commun (art. 1402).

b. — Il s'agit de meubles. L'art. 1499 dispose que « *Si le mobilier » existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté par » inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt* ». L'époux, qui, prétendant avoir apporté du mobilier, veut en opérer la reprise, doit donc justifier sa prétention à l'aide d'un inventaire ou d'un état en bonne forme. Comme exemple d'état en bonne forme, on peut citer l'état contenu dans un compte de tutelle, ou l'état annexé à la minute d'un acte de donation d'effets mobiliers (art. 948).

Il s'en faut de beaucoup qu'on soit d'accord sur le point de savoir quel est le champ d'application de la règle édictée par l'art. 1499.

Nous considérons comme certain que cet article doit être appliqué avec toute sa rigueur dans les rapports des époux avec les tiers. Ainsi, la communauté étant dissoute, l'un des époux veut reprendre certains objets mobiliers qu'il prétend lui appartenir en propre ; cette prétention est contestée par des créanciers de l'autre époux antérieurs au mariage, qui soutiennent que lesdits objets mobiliers sont acquêts, et que par suite ils doivent être compris dans la masse partageable : ce qui grossira d'autant la portion revenant à leur débiteur. Les créanciers ont pour eux la présomption de la loi (art. 1499), et l'époux auquel ils l'opposent, que ce soit la femme ou le mari, ne peut la faire tomber qu'au moyen d'un inventaire ou d'un état en bonne forme : tout autre moyen de preuve devrait être rejeté.

Mais l'art. 1499 régit-il aussi les rapports des époux entre eux? S'applique-t-il lorsqu'il s'agit seulement de la liquidation de leurs droits et reprises l'un à l'égard de l'autre ? Sur ce point la jurisprudence admet que chaque époux peut établir à l'égard de l'autre la consistance de ses apports, non seulement par un inventaire ou un état en bonne forme, mais en outre par d'autres moyens de preuve dont l'appréciation est laissée aux tribunaux (Cass., 20 juin 1883, Sir., 85. 1. 107, et 20 août 1884, Sir., 85. 1. 126. Cela nous paraît beaucoup trop absolu, et nous croyons qu'il y a lieu de faire les distinctions suivantes.

a. — Il s'agit du mobilier présent, c'est-à-dire de celui que les époux ont apporté lors du mariage. Chaque époux ne peut, dans ses rapports avec son conjoint, effectuer la reprise de son apport qu'à la condition de justifier de l'importance de cet apport par un inventaire ou un état en bonne forme. Cette règle s'applique à la femme comme au mari ; car avant le mariage la femme jouissait de toute son indépendance, et il lui était facile par suite de faire constater par un titre régulier l'importance de son apport. Voy. cep. Cass., 16 janvier 1877, Sir., 77. 1. 169.

b. — Il s'agit du mobilier futur. La règle de l'art. 1499 continue de s'appliquer dans toute sa rigueur au mari ; il ne pourra donc effectuer la reprise du mobilier, qui lui est échu à titre de succession ou de donation, qu'à la condition d'en prouver l'importance par un inventaire ou un état en bonne forme. Mais la règle cesse de s'appliquer à l'égard de la femme. A défaut d'inventaire dressé par les soins du mari, auquel cette obligation incombe en qualité d'administrateur, la femme, qui ne doit pas souffrir de cette négligence, est admise à prouver tant par titres que par témoins, et au besoin par la commune renommée, la consistance et valeur du mobilier qui lui est échu, à l'effet d'en opérer la reprise. Arg. art. 1504 et 1415. Douai, 11 avril 1884, Sir., 84. 2. 156.

SECTION II

DE LA CLAUSE QUI EXCLUT DE LA COMMUNAUTÉ LE MOBILIER EN TOUT OU EN PARTIE

258. Aux termes de l'art. 1500 al. 1 : « *Les époux peuvent exclure de » leur communauté tout leur mobilier présent et futur* ». Cette clause, dont les applications pratiques sont très fréquentes, à Paris surtout, est désignée par Pothier sous le nom de clause de *réalisation*. Le mot *réalisation* signifie *immobilisation :* nos anciens auteurs employaient volontiers le mot *réel* comme synonyme d'*immobilier*. La clause de *réalisation* est donc une clause d'*immobilisation,* parce qu'elle assimile le mobilier à des immeubles, en l'excluant de la communauté. On la désigne aussi quelquefois sous le nom de *stipulation de propres,* et les biens auxquels elle s'applique sous le nom de *propres conventionnels,* expression faisant antithèse aux propres réels ou *légaux,* qui sont ceux des époux mariés sous le régime de la communauté légale.

La réalisation peut être expresse ou tacite. — La réalisation *expresse* est celle qui est expressément stipulée par une des clauses du contrat de mariage. Exemple : « La future épouse exclut tout son mobilier de la communauté ». — La réalisation *tacite* est celle qui résulte implicitement d'une autre clause du contrat, comme s'il est dit : « La future apporte dans la communauté ses meubles corporels »; d'où il résulte implicitement qu'elle en exclut ses meubles incorporels.

Expresse ou tacite, la clause de réalisation peut être unilatérale ou bilatérale. Quand elle est bilatérale, il n'est pas nécessaire que la valeur du mobilier exclu de la communauté par chaque époux soit la même. Ainsi l'un peut exclure tout son mobilier, tandis que l'autre n'en exclut qu'une partie.

I. *De la réalisation expresse.*

259. La réalisation expresse peut s'appliquer à tout ou partie, soit du mobilier présent, soit du mobilier futur, soit de l'un et de l'autre à la fois. Par mobilier *futur,* entendez ici celui qui écherra aux époux à titre lucratif, c'est à dire principalement à titre de succession ou de donation pendant la durée de l'association conjugale. La clause qui exclut de la communauté le mobilier futur n'empêche donc pas le mobilier acquis à titre onéreux par les époux durant le mariage d'entrer en communauté. Arg. art. 1498, et *supra* n. 253.

Comme toutes les clauses qui dérogent au droit commun, la clause de réalisation doit, dans le doute, être interprétée restrictivement. Ainsi la clause, qui exclut de la communauté le mobilier futur, ne s'applique pas au mobilier présent; de même la clause excluant le

mobilier à échoir par succession, ne comprend pas celui qui écherra par donation, et réciproquement. De même enfin la clause, qui exclut de la communauté tout le mobilier, sans autre explication, ne s'applique qu'au mobilier présent.

Le mobilier, exclu de la communauté par une clause expresse de réalisation, demeure-t-il la propriété de l'époux du chef duquel il provient, ou bien la communauté en devient-elle propriétaire, sauf à en rembourser la valeur lors de sa dissolution? En d'autres termes, la réalisation expresse crée-t-elle des propres parfaits ou des propres imparfaits? Si les parties se sont expliquées sur ce point dans le contrat, ou si l'ensemble des clauses qu'il contient ou la nature des biens exclus permet de découvrir leur volonté d'une manière certaine, cette volonté devra être suivie. C'est ainsi que l'estimation, donnée dans le contrat aux objets mobiliers exclus de la communauté, devrait, en général, être considérée comme emportant vente au profit de la communauté (arg. art. 1551). Ainsi encore la communauté deviendrait propriétaire des objets exclus, s'ils sont de nature à se consommer par le premier usage (arg. art. 587). Dans le doute, il paraît y avoir lieu de décider que l'époux reste propriétaire du mobilier par lui réalisé : la loi dit en effet que ce mobilier est exclu de la communauté (art. 1500); or ce qui est exclu de la communauté ne doit pas y entrer. Telle est d'ailleurs l'intention probable des parties contractantes. Enfin cette solution est confirmée par un argument tiré des art. 1531-1532.

On objecte que, d'après l'art. 1503, la reprise du mobilier a lieu en valeur, et non en nature : ce qui donne à entendre que la communauté est devenue propriétaire. — Mais, comme on le verra bientôt, ce texte n'est relatif qu'à la réalisation tacite résultant de la clause d'apport. — On objecte encore que Pothier admettait la solution contraire. — Il est vrai! Mais les raisons sur lesquelles Pothier appuie son opinion, très faibles déjà de son temps, l'étaient plus encore à l'époque de la confection du code civil, et se trouvent aujourd'hui presque sans valeur. Elles étaient principalement tirées de la nature périssable des meubles, qui perdent beaucoup de leur valeur par l'usage et par l'effet du temps; or cela est tout à fait sans application aux meubles qui occupent le premier rang dans notre patrimoine, savoir les meubles incorporels et principalement les valeurs de bourse.

Chaque époux demeurant en principe propriétaire du mobilier par lui réalisé, on doit en conclure : 1° qu'il subira les conséquences des cas fortuits qui feront périr ce mobilier ou en diminueront la valeur, de même qu'en sens inverse il profiterait seul des augmentations de valeur dues au cours naturel des choses; 2° qu'il aura le droit d'en opérer la reprise en nature; 3° que, si le mobilier exclu de la communauté appartient à la femme, le mari ne pourra pas l'aliéner sans le consentement de celle-ci, et ses créanciers ne pourront pas le saisir. Cpr. *supra*, n. 253.

260. La clause, qui exclut de la communauté le mobilier de l'un des époux, en exclut-elle aussi ses dettes? Il y a lieu de distinguer à cet égard si la réalisation a été faite à titre particulier ou à titre universel. La réalisation est à titre particulier, quand elle s'applique à des objets particuliers, par exemple une collection de tableaux, une bibliothèque. Elle est à titre universel, quand elle s'applique à l'universalité ou à une quote-part du mobilier soit présent, soit futur, soit présent et futur : par exemple « tout le mobilier présent » ou « un tiers du mobilier futur ».

Cela posé, la réalisation est-elle à titre particulier? Elle n'apportera aucune modification aux règles du droit commun relativement aux dettes de l'époux dont elle émane. Les dettes mobilières de cet époux demeureront donc pour le tout à la charge de la communauté, conformément à l'art. 1409-1°. En effet la clause de réalisation, quand elle s'applique à des objets particuliers, n'empêche pas l'universalité mobilière de l'époux de tomber dans la communauté, et la communauté doit par suite suppor-

ter toutes les dettes mobilières, qui sont une charge de cette universalité. *Æs alienum universi patrimonii non certarum rerum onus est.*

Si au contraire la réalisation est à titre universel, elle entraînera l'exclusion proportionnelle des dettes correspondant aux biens exclus.

Ainsi la clause, qui exclut de la communauté la moitié du mobilier *futur* de tel époux, en exclura aussi pour la moitié les dettes correspondant à ce mobilier, c'est-à-dire les dettes des successions ou des donations qui écherront à cet époux ; car elles sont une charge des biens transmis, et doivent par suite être supportées par tous ceux qui recueillent ces biens à titre universel. Arg. art. 1411 et s.

De même la clause, qui exclut de la communauté tout le mobilier présent de l'un des époux, en exclura toutes ses dettes mobilières présentes. En effet le code civil, reproduisant sur ce point le droit admis par nos anciennes coutumes, considère les dettes mobilières antérieures au mariage comme une charge de l'universalité mobilière de chaque époux, et c'est pour cela qu'il les met à la charge de la communauté qui recueille cette universalité tout entière (art. 1409-1°). De là on doit conclure que, si l'universalité tout entière est exclue de la communauté, les dettes, qui sont une charge de cette universalité, en seront aussi exclues. Cette solution, qui était admise par Pothier, peut en outre être fortifiée par un argument tiré de l'art. 1514.

Par où l'on voit que, si les deux époux ont exclu de la communauté tout leur mobilier présent et tout leur mobilier futur, cette exclusion entraînant celle des dettes présentes et futures, les époux se trouvent, en fait, mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts (v. art. 1498). Ce point a été contesté à tort.

261. Les dettes, exclues de la communauté formellement ou virtuellement par la clause de réalisation, ne doivent pas être supportées en définitive par la communauté. Mais il ne résulte pas nécessairement de là que les créanciers ne puissent pas poursuivre la communauté pour en obtenir le paiement. C'est ainsi que les créanciers du mari, dont les dettes ont été exclues de la communauté par une clause de réalisation, pourraient certainement, pendant toute la durée de l'association conjugale, poursuivre les biens communs, en vertu du principe que toute dette du mari est dette de la communauté. En ce qui concerne les dettes de la femme, il y aurait lieu de faire plusieurs distinctions, dans lesquelles nous ne pouvons pas entrer.

II. *De la réalisation tacite.*

262. La réalisation tacite résulte principalement de la clause d'emploi et de la clause d'apport.

1. *Clause d'emploi.*

263. La clause d'emploi est celle par laquelle l'un des futurs époux stipule qu'une certaine somme, par lui apportée ou à prendre sur son mobilier, sera employée à son profit en acquisition d'immeubles. Cette clause emporte réalisation tacite de la somme affectée à l'emploi. En effet, dire qu'une certaine somme, apportée par l'un des époux ou à prendre sur son mobilier, sera employée en acquisition d'immeubles qui lui seront propres, c'est bien dire que cette somme est exclue de la communauté ; comment, si elle ne l'était pas, le bien qu'elle servira à acquérir pourrait-il devenir propre? Donc de deux choses l'une : ou l'emploi prescrit par le contrat aura été effectué, et alors le bien acquis appartiendra en propre à l'époux, qui le reprendra en nature

lors de la dissolution de la communauté; ou bien à cette époque l'emploi n'aura pas encore été fait, et alors l'époux prélèvera la somme affectée à l'emploi.

On admet en doctrine et en jurisprudence que l'emploi prescrit par le contrat doit être fait dans les conditions déterminées par les art. 1434 et 1435 relatifs au remploi : à défaut de quoi le bien acquis appartiendrait à la communauté. Et toutefois cette solution n'est pas sans difficulté. Le droit des art. 1434 et 1435 est un droit d'exception, et les dispositions de ce genre ne s'étendent pas facilement d'un cas à un autre; or autre chose est le remploi, autre chose l'emploi. Cpr. *supra* n. 71 *bis*.

2. *Clause d'apport.*

264. La clause d'apport est celle par laquelle les époux ou l'un d'eux promettent d'apporter à la communauté certains objets mobiliers spécialement désignés (corps certains), ou tout leur mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

On voit par cette définition que la clause d'apport peut présenter deux variétés.

265. Première variété : *promesse d'apport d'un corps certain.* Exemple : La future promet d'apporter à la communauté son argenterie. Le reste du mobilier présent se trouve virtuellement exclu de la communauté. En effet, dire qu'on apporte à la communauté certains objets mobiliers que l'on désigne, c'est bien manifester la volonté de ne pas apporter les autres. La réalisation portant en pareil cas sur tous les objets mobiliers non compris dans la clause, il en résulte que l'universalité des meubles présents est exclue de la communauté, donc aussi les dettes présentes, qui sont une charge de cette universalité (v. art. 1511). — Quant au mobilier futur, en vertu du principe d'interprétation restrictive qui a été exposé plus haut (n. 259), il n'est pas atteint par la clause; il tombera donc dans la communauté conformément au droit commun.

L'époux, qui a promis d'apporter à la communauté certains objets mobiliers spécialement désignés, en devient débiteur envers la communauté et doit justifier de son apport. Arg. art. 1501. Il est de plus soumis à la garantie en cas d'éviction. Arg. art. 1845. Sous le régime de la communauté légale, au contraire, les époux ne sont pas garants de leurs apports, parce qu'ils apportent tout leur mobilier dans la communauté, mais sans promettre d'y faire entrer aucun objet en particulier. « Ils y mettent seulement », dit Pothier, « les effets mobiliers qu'ils ont et en tant qu'ils les ont ».

266. Deuxième variété : *promesse d'apport d'une somme d'argent,* ou, ce qui est équivalent, *promesse d'apport du mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme.* Il y a réalisation tacite du mobilier pour tout ce qui excède la somme promise; car l'époux, qui déclare mettre son

mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence de 20,000 fr., l'en exclut évidemment pour tout ce qui excède cette somme. C'est ce que dit l'art. 1500 al. 2 : « *Lorsqu'ils* [les époux] *stipulent qu'ils en mettront réciproquement dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée, ils sont, par cela seul, censés se réserver le surplus* ». Ce texte suppose la réciprocité de la stipulation, parce qu'elle a le plus souvent ce caractère dans la pratique; mais elle pourrait fort bien être unilatérale.

En vertu de la clause qui nous occupe, tout le mobilier présent et futur de l'époux qui a promis l'apport tombe dans la communauté, qui en devient propriétaire *sauf à compter :* c'est-à-dire que, si la valeur du mobilier tombé dans la communauté du chef de l'époux débiteur de l'apport excède la somme promise, la communauté devient débitrice envers lui de l'excédent. Ainsi le mari a promis d'apporter son mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence de 20,000 fr.; la valeur nette de son mobilier présent est de 30,000 fr., et celle du mobilier qui lui échoit à titre lucratif pendant le mariage, de 25,000 fr., total 55,000 fr. L'apport effectué par le mari excède donc de 35,000 fr. celui qu'il a promis ; il aura le droit de prélever cet excédent sur la masse à partager. C'est ce que dit l'art. 1503, ainsi conçu : « *Chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté* ».

Ainsi qu'on le voit, tandis que, par la réalisation expresse, ou par la réalisation tacite résultant de la promesse d'apport d'un corps certain, les époux conservent en principe la propriété de leur mobilier et par suite le droit d'en exiger la restitution en nature, au contraire, par la réalisation tacite résultant de la promesse d'apport d'une somme d'argent ou de leur mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ils perdent la propriété de tout leur mobilier, dont la communauté devient cessionnaire à titre de dation en paiement et sauf à compter.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° L'époux, qui a promis un apport à la communauté dans les termes de l'art. 1500, ne peut réclamer qu'une somme d'argent au cas où la valeur de son mobilier excède l'apport promis ; il a le droit, dit l'art. 1503, de reprendre *la valeur* de ce dont son mobilier excédait l'apport promis ; il ne peut donc pas exiger la restitution en nature de l'excédent, pas plus qu'on ne peut la lui imposer ;

2° Le mobilier apporté à la communauté est aux risques de celle-ci ; en revanche, la communauté profite seule des améliorations ;

3° Ce mobilier peut être aliéné par le mari, même quand il provient de la femme, et ses créanciers peuvent le saisir.

267. Aux termes de l'art. 1501 : « *Cette clause* [la promesse d'apport d'une somme d'argent] *rend l'époux débiteur envers la communauté, de la somme qu'il a promis d'y mettre, et l'oblige à justifier de cet apport* ». Comment se fera cette justification ? Il faut distinguer s'il s'agit du mobilier présent ou du mobilier futur.

a.— Il s'agit du mobilier *présent.* On lit dans l'art. 1502: « *L'apport » est suffisamment justifié, quant au mari, par la déclaration portée au » contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur. — Il est suffi- » samment justifié, à l'égard de la femme, par la quittance que le mari » lui donne, ou à ceux qui l'ont dotée* ».

Régulièrement, un débiteur établit sa libération à l'aide d'une quittance, que le créancier lui délivre lors du paiement. La loi applique cette règle à la femme : elle justifiera de l'apport de son mobilier présent à l'aide d'une quittance du mari. Le mari délivre cette quittance au nom de la communauté, qui est créancière, et dont il est le chef futur ou actuel. La quittance peut être contenue dans le contrat de mariage. On peut aussi convenir dans le contrat que la célébration du mariage vaudra quittance ; c'est au futur époux dans ce cas de ne pas consentir au mariage, tant qu'il n'a pas reçu les valeurs promises. Mais la loi s'écarte du droit commun, relativement à la preuve de l'apport du mari. On ne pouvait pas exiger qu'il rapportât une quittance de la femme ; elle n'a pas qualité pour parler au nom de la communauté qui est créancière. D'un autre côté, il eût été dérisoire de décider que le mari se donnerait quittance à lui-même. C'est pourquoi la loi décide qu'il suffira de la déclaration du mari, portée au contrat de mariage, que son mobilier est de telle valeur. On suppose que la femme et sa famille se sont assuré, ou s'assureront avant le mariage, que le mari possède bien en réalité les sommes ou valeurs qu'il a déclarées.

L'art. 1502 n'est nullement limitatif en ce qui concerne les modes de preuve de l'apport. Argument des mots *suffisamment justifiés.* Tous les autres moyens de preuve du droit commun seraient donc admissibles. Ainsi la justification de l'apport pourrait être faite à l'aide d'un inventaire, constatant l'importance du mobilier apporté par l'époux.

b. — En ce qui concerne le mobilier *futur,* la justification de l'apport se fait par un inventaire, auquel le mari est tenu de faire procéder. Le défaut d'accomplissement de cette formalité entraînerait les conséquences que nous avons signalées (*supra* n. 257) en traitant de la communauté réduite aux acquêts. Elles sont d'ailleurs indiquées en l'art. 1504, ainsi conçu : « *Le mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le » mariage, doit être constaté par un inventaire. — A défaut d'inventaire » du mobilier échu au mari, ou d'un titre propre à justifier de sa consis- » tance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer » la reprise. — Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la » femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres, » soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de » ce mobilier* ».

Si l'époux ne parvient pas à justifier que le mobilier tombé dans la

communauté de son chef a une valeur au moins égale à celle de l'apport qu'il a promis à la communauté, il est débiteur de la différence. La femme ne pourrait par s'affranchir, en renonçant à la communauté, de l'obligation de compléter l'apport par elle promis.

SECTION III

DE LA CLAUSE D'AMEUBLISSEMENT

268. Définition. — Aux termes de l'art. 1505 : « *Lorsque les époux » ou l'un d'eux font entrer dans la communauté tout ou partie de leurs » immeubles présents ou futurs, cette clause s'appelle* AMEUBLISSEMENT ». Dénomination fort bien choisie, comme celle d'*immobilisation* qui lui fait antithèse, parce qu'elle fait très clairement entendre que les immeubles, objet de la clause, sont assimilés à des meubles, en ce sens qu'ils tombent dans la communauté.

La clause d'ameublissement est la contre-partie de la clause de réalisation. Tandis que celle-ci exclut de la communauté des biens qui devraient y entrer d'après les règles du droit commun, celle-là au contraire fait tomber dans la communauté des biens que le droit commun en exclurait. La clause de réalisation est donc *restrictive* de la communauté légale, tandis que la clause d'ameublissement est *extensive* de cette même communauté.

Mais, si la clause d'ameublissement diffère à cet égard de la clause de réalisation, elle lui ressemble en ce qu'elle déroge au droit commun : ce qui lui rend applicable le principe de l'interprétation restrictive. Ainsi la clause, par laquelle l'un des époux a déclaré ameublir tous ses immeubles, sans autre explication, devra en général être restreinte aux immeubles présents.

Les deux clauses se ressemblent à un autre point de vue. Elles servent l'une et l'autre, quoique par un moyen inverse, à égaliser les apports des deux époux dans la communauté.

Ainsi, le futur époux a une fortune entièrement composée d'immeubles dont la valeur est de 100,000 fr., et la future une fortune toute mobilière s'élevant au chiffre de 100,000 fr. également. L'adoption du régime de la communauté légale ferait tomber dans la communauté toute la fortune de la future épouse, tandis que le futur n'y mettrait aucune partie de la sienne ; ce dernier serait donc appelé à recueillir plus tard, par le partage de la communauté, une portion de la fortune de la femme, qui serait ainsi perdue pour celle-ci et sa famille. On peut prévenir ce résultat, soit par une clause de réalisation, soit par une clause d'ameublissement ; — par une clause de réalisation, en stipulant que le mobilier de la femme lui restera propre ; alors chaque

époux conservera propres tous ses biens présents; — par une clause d'ameublissement, en stipulant que les immeubles du futur tomberont dans la communauté, et alors chaque époux mettra toute sa fortune dans la communauté. On peut encore combiner l'emploi des deux clauses, convenir par exemple, dans l'espèce proposée, que la femme n'apportera son mobilier à la communauté que jusqu'à concurrence de 20,000 fr., et que le mari y fera entrer ses immeubles jusqu'à concurrence de pareille somme.

269. La clause d'ameublissement appartient plus au passé qu'à l'avenir. Réduite au mobilier que la loi y fait entrer, la communauté était pauvre à une époque où la fortune mobilière était sans importance. Assise sur la même base, elle sera souvent trop riche de nos jours, où la fortune mobilière est devenue la rivale et presque l'égale de la fortune immobilière. Aussi, tandis qu'anciennement la stipulation des parties tendait le plus souvent à augmenter le domaine de la communauté, elle tend plutôt aujourd'hui à le restreindre. On s'explique ainsi facilement qu'au lieu d'égaliser, comme le faisaient volontiers nos pères, les apports des époux par l'ameublissement, qui est extensif de la communauté légale, nous les égalisions de préférence par une clause restrictive, la réalisation, ou par la stipulation de la communauté réduite aux acquêts, qui est la puissance la plus élevée de la réalisation.

270. La clause d'ameublissement peut être unilatérale ou bilatérale (art. 1505), Quand elle est bilatérale, il n'est nullement nécessaire que les immeubles ameublis de part et d'autre aient la même valeur.

La clause, par laquelle un époux promet d'apporter à la communauté une certaine somme à prendre sur ses biens immeubles en cas d'insuffisance des meubles, ne renferme pas d'ameublissement. C'est une simple clause d'apport, avec affectation des immeubles au paiement de la somme promise. A moins cependant que l'époux n'ait déclaré que ses immeubles seraient ameublis, ou sortiraient nature de conquêts jusqu'à concurrence de la somme indiquée.

I. *Des diverses espèces d'ameublissement.*

271. Aux termes de l'art. 1506 : « *L'ameublissement peut être déterminé ou indéterminé. — Il est déterminé quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble en tout ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme. — Il est indéterminé quand l'époux a simplement déclaré apporter en communauté ses immeubles, jusqu'à concurrence d'une certaine somme* ».

Ainsi l'ameublissement *déterminé* est celui qui porte sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés, et le code en distingue deux variétés, suivant que l'immeuble ou les immeubles objet de la clause sont ameublis en totalité ou seulement jusqu'à concurrence d'une certaine somme. L'ameublissement *indéterminé* est celui qu porte sur tous les immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

La loi a établi cette classification, qui est très vicieuse, ainsi qu'on le verra bientôt, en vue de régler les effets de l'ameublissement, dont nous allons nous occuper à l'instant même.

II. *Effets de l'ameublissement.*

A. *Effets de l'ameublissement déterminé.*

272. Il faut étudier séparément, au point de vue de leurs effets, les deux variétés d'ameublissement déterminé, que la loi distingue.

PREMIÈRE VARIÉTÉ. *Ameublissement d'un tel immeuble en totalité.*

273. Le contrat de mariage porte par exemple : La future épouse ameublit l'immeuble A, ou bien l'immeuble A et l'immeuble B, en totalité. L'effet de cet ameublissement est réglé par l'art. 1507 al. 1 et 2, ainsi conçus : « *L'effet de l'ameublissement déterminé est de rendre » l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés, biens de la commu- » nauté comme les meubles mêmes. — Lorsque l'immeuble ou les immeu- » bles de la femme sont ameublis en totalité, le mari en peut disposer » comme des autres effets de la communauté, et les aliéner en totalité* ».

En disant que les immeubles ameublis deviennent biens de la communauté *comme les meubles mêmes,* la loi veut seulement exprimer cette idée, que lesdits immeubles sont assimilés aux meubles en ce sens qu'ils tombent comme eux dans la communauté. Mais il n'a pas pu entrer dans la pensée du législateur de dire que les immeubles ameublis sont assimilés à tous les autres points de vue aux meubles de la communauté; d'où résulterait notamment cette conséquence qu'ils ne seraient pas susceptibles d'être hypothéqués (art. 2118).

Le principe est donc que la communauté devient propriétaire de l'immeuble ou des immeubles faisant l'objet de l'ameublissement dont nous nous occupons; ils deviennent conquêts de communauté, et sont régis par les mêmes règles que les autres immeubles appartenant à la communauté. Il s'ensuit notamment que ces immeubles doivent être compris dans la masse partageable lors de la dissolution de l'association conjugale. Et toutefois l'art. 1509 accorde un privilège spécial à l'époux dont l'ameublissement émane : « *L'époux qui a ameubli un » héritage, a, lors du partage, la faculté de le retenir en le précomptant » sur sa part pour le prix qu'il vaut alors; et ses héritiers ont le même » droit* ». L'immeuble ameubli est souvent un bien de famille, et la loi tient compte du légitime désir, que peut avoir l'époux du chef duquel il provient, de le conserver en nature.

Mais c'est là une disposition exorbitante du droit commun ; elle ne saurait donc être étendue en dehors des termes de la loi. Concluons de là que la femme qui renonce à la communauté ne pourrait pas en invoquer le bénéfice, l'art. 1509 se plaçant dans l'hypothèse d'un partage de la communauté, ce qui suppose nécessairement l'acceptation de la femme.

Deuxième variété. *Ameublissement d'un ou de plusieurs immeubles spécialement désignés, jusqu'à concurrence d'une certaine somme.*

274. L'art. 1507 al. 3, prévoyant le cas où un ameublissement de cette nature a été fait par la femme, dispose : « *Si l'immeuble n'est » ameubli que pour une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'a- » vec le consentement de la femme ; mais il peut l'hypothéquer sans son » consentement, jusqu'à concurrence seulement de la portion ameublie* ». Le mari aura donc dans cette hypothèse le droit d'hypothéquer sans avoir celui d'aliéner. C'est une exception au principe de l'art. 2124, d'après lequel : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être » consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles » qu'ils y soumettent ». Nous verrons bientôt sur quelles considérations cette exception est fondée.

B. *Effets de l'ameublissement indéterminé.*

275. Les effets de l'ameublissement indéterminé sont indiqués par l'art. 1508.

L'alinéa 1 de cet article dispose : « *L'ameublissement indéterminé ne » rend point la communauté propriétaire des immeubles qui en sont » frappés ; son effet se réduit à obliger l'époux qui l'a consenti, à com- » prendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, » quelques-uns de ses immeubles jusqu'à concurrence de la somme par lui » promise* ».

L'ameublissement indéterminé fait donc acquérir à la communauté un droit de créance, en vertu duquel elle peut exiger que l'époux auteur de l'ameublissement fasse entrer dans la masse un ou plusieurs de ses immeubles, à son choix, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise.

Au cas particulier où l'ameublissement indéterminé émane de la femme, l'art. 1508 al. 2 dispose : « *Le mari ne peut, comme en l'ar- » ticle précédent, aliéner en tout ou en partie, sans le consentement de » sa femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublissement » indéterminé ; mais il peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de cet » ameublissement* ».

276. On voit que l'ameublissement jusqu'à concurrence d'une certaine somme produit toujours les mêmes effets, soit qu'il affecte un ou plusieurs immeubles spécialement désignés (art. 1507 al. 3), soit qu'il les affecte tous d'une manière générale (art. 1508) ; et dès lors il est bizarre que la loi déclare cet ameublissement *déterminé* dans le premier cas et *indéterminé* dans le second. Une semblable terminologie ne peut servir qu'à embrouiller les idées. Rationnellement, il aurait fallu comprendre dans une même catégorie tous les cas d'ameublisse-

ment jusqu'à concurrence d'une certaine somme, qui ne font naître qu'un droit de créance au profit de la communauté, et les désigner sous une dénomination unique, celle d'*ameublissement en valeur* si l'on veut. Tous les autres cas d'ameublissement, qui rendent la communauté propriétaire, auraient alors composé une deuxième catégorie, sous le nom d'*ameublissement en propriété* par exemple.

* Quelques auteurs cependant s'en tiennent à la lettre de la loi, et maintiennent la distinction dans les termes mêmes où l'art. 1506 l'établit. Selon eux, il n'est pas exact de dire que la deuxième variété de l'ameublissement déterminé (ameublissement d'*un tel* immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme) produit les mêmes effets que l'ameublissement indéterminé (ameublissement de *tous* les immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme). La différence consisterait en ce que, tandis que l'ameublissement indéterminé ne ferait acquérir à la communauté qu'un droit de créance, l'ameublissement déterminé de la deuxième espèce, au contraire, rendrait la communauté propriétaire de l'immeuble ameubli, proportionnellement à la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu ; la communauté et l'époux seraient donc copropriétaires par indivis. On argumente en ce sens de l'art. 1507 al. 1, qui est conçu dans les termes les plus généraux, et doit par conséquent, dit-on, être appliqué à tous les cas d'ameublissement indéterminé. — Mais ce système engendre des conséquences devant lesquelles ses partisans eux-mêmes reculent, et parmi celles qu'ils acceptent il y en a qui ne sont guère acceptables. Ainsi ils admettent que les créanciers de la communauté et ceux du mari peuvent saisir l'immeuble provenant du chef de la femme jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il a été ameubli. Mais alors qui se chargera d'expliquer pourquoi le même droit n'appartient pas à ces mêmes créanciers au cas d'ameublissement indéterminé ? Nous préférons considérer l'art. 1507 al. 1 comme écrit seulement en vue de l'ameublissement déterminé de la première espèce. D'ailleurs l'ordre naturel des idées l'indique : l'alinéa 2 de l'art. 1507 est exclusivement relatif à l'ameublissement déterminé de la première espèce, il doit en être de même vraisemblablement de l'alinéa 1 ; puis viennent l'alinéa 3, qui est relatif à l'ameublissement déterminé de la deuxième espèce, et l'art. 1508 relatif à l'ameublissement indéterminé.

III. *Développements sur les effets de l'ameublissement.*

277. Les explications qui précèdent avaient pour but de déblayer le terrain, en liquidant la question des textes, et en montrant qu'après avoir annoncé dans l'art. 1506 une certaine classification des diverses espèces d'ameublissement, le législateur l'abandonne quand il arrive à l'application pratique de la distinction, c'est-à-dire aux effets de l'ameublissement. Il ne se préoccupe plus alors en réalité que de savoir si l'ameublissement a été fait *en propriété* ou *en valeur*. Nous laisserons donc désormais de côté la distinction annoncée par le législateur pour ne nous occuper que de celle qu'il a appliquée.

Avant d'entrer dans les détails, observons que l'ameublissement soit en propriété, soit en valeur, peut être général ou particulier ; général, quand il affecte l'universalité ou une fraction de l'universalité des immeubles ; particulier, quand il affecte seulement certains immeubles spécialement désignés.

1. *Ameublissement en propriété.*

278. Principe. L'ameublissement en propriété, nous l'avons dit, et d'ailleurs le nom suffit à l'indiquer, rend la communauté propriétaire. Les immeubles

ameublis deviennent conquêts de communauté. Il n'y a pas lieu de distinguer si l'ameublissement est général ou particulier, ni s'il porte sur la totalité des immeubles ameublis ou sur une partie aliquote, comme un tiers, un quart ; seulement dans ce dernier cas la communauté acquiert une propriété indivise avec l'époux.

Conséquences. 1° Le mari a sur les immeubles ameublis en propriété les mêmes droits, ni plus ni moins, que sur les autres immeubles de la communauté. Ainsi il peut les aliéner à titre onéreux sans le consentement de sa femme, même quand ils proviennent du chef de celle-ci (art. 1507 al. 2). Mais, sauf l'exception prévue par l'art. 1422, il ne peut pas les aliéner à titre gratuit, même quand ils proviennent de son propre chef, de sorte que la clause d'ameublissement restreint, dans ce dernier cas, les pouvoirs qui appartenaient auparavant au mari sur le bien ameubli.

2° Les créanciers de la communauté peuvent saisir les immeubles ameublis pour obtenir leur paiement.

3° Les risques de perte ou de détérioration de ces immeubles sont pour le compte de la communauté, qui en revanche profiterait des améliorations.

2. *Ameublissement en valeur.*

279. Les immeubles ameublis *en valeur,* c'est-à-dire jusqu'à concurrence d'une certaine somme, demeurent la propriété de l'époux qui a fait l'ameublissement, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'ameublissement est particulier ou général. La communauté acquiert seulement, jusqu'à concurrence de la somme fixée, un droit de créance avec *assignat limitatif,* comme on l'a fort bien dit, sur l'immeuble ou sur les immeubles ameublis : c'est l'immeuble plutôt que l'époux qui est débiteur, *res non persona debet.*

D'après M. Colmet de Santerre, la communauté acquerrait un droit réel sur les immeubles de l'époux qui a fait l'ameublissement en valeur : ce qui conduit notamment à décider que cette clause doit être transcrite, et que les aliénations faites par l'époux ne sont pas opposables à la communauté en tant qu'elles portent atteinte à son droit. Cette solution nous paraît en opposition avec le texte de l'art. 1508 al. 1, d'après lequel l'effet de l'ameublissement indéterminé se réduit à *obliger* l'époux à comprendre dans la masse quelques-uns de ses immeubles. Si l'époux est débiteur, la communauté ne peut être que créancière.

La communauté, qu'on le remarque bien, est créancière, non d'une somme d'argent, au paiement de laquelle les immeubles ameublis seraient affectés, mais bien d'immeubles de l'époux jusqu'à concurrence de la somme fixée; et de là il résulte notamment :

1° Que la créance de la communauté est immobilière;

2° Que, si tous les immeubles ameublis en valeur périssent par cas fortuit, le droit de la communauté est éteint; car l'époux se trouve, sans qu'il y ait faute de sa part, dans l'impossibilité de remplir son obligation; il est donc libéré (art. 1302). Cette impossibilité n'existe pas, si quelques-uns seulement des immeubles ameublis ont péri; l'époux est donc tenu de remplir son obligation sur ceux qui lui restent;

3° Si les immeubles ameublis ont une valeur inférieure à la somme promise, la communauté ne peut pas exiger que la somme soit complétée sur les autres biens de l'époux.

A ces divers points de vue, la clause d'ameublissement diffère de la clause d'apport, qui engendre à la charge de l'époux débiteur une obligation indéfinie sur tous ses biens;

4° Que le mari ne peut pas aliéner les immeubles ameublis en valeur par sa femme, et que ses créanciers ne peuvent pas les saisir. Nous l'avons déjà dit.

280. La communauté a deux moyens de réaliser le droit de créance, que fait naître à son profit l'ameublissement en valeur.

a. — Le premier, qui ne peut être employé que pendant la durée de l'association conjugale, consiste à faire de l'argent en hypothéquant les biens ameublis, jusqu'à concurrence de la somme fixée. C'est le mari qui a le droit de constituer cette hypothèque, sans que le consentement de la femme lui soit nécessaire, même lorsqu'il s'agit d'immeubles provenant du chef de celle-ci. Mais le mari n'a pas le droit d'aliéner l'immeuble ou les immeubles ameublis, au moins quand l'ameublissement émane de la femme. On s'étonnera, si l'on veut, que la loi accorde au mari le droit d'hypothèquer et lui refuse le droit d'aliéner : ce qui est une dérogation grave à la règle, d'après laquelle le droit d'aliéner et celui d'hypothéquer marchent de pair (art. 2124). La rigueur des principes aurait conduit à refuser à la communauté, représentée par le mari, la faculté d'hypothéquer aussi bien que celle d'aliéner ; car la femme demeure propriétaire, et notre droit interdit l'hypothèque aussi bien que l'aliénation de la chose d'autrui. Mais il fallait bien cependant que le chef de la communauté pût tirer parti de la valeur dont l'ameublissement a enrichi la communauté, car c'est sans doute pour augmenter son crédit que l'ameublissement a été fait; voilà pourquoi la loi a autorisé la constitution d'hypothèque. Elle n'a pas permis l'aliénation, parce qu'elle aurait offert pour la femme un danger particulièrement grave. Il s'agit, qu'on le remarque bien, d'un ameublissement fait jusqu'à concurrence d'une certaine somme; or, si on avait voulu concéder au mari le droit d'aliénation, il aurait fallu lui permettre d'aliéner les immeubles ameublis jusqu'à concurrence de la somme fixée. L'aliénation aurait donc été valable par cela seul que le mari l'aurait faite pour un prix n'excédant pas cette somme, et il aurait pu compromettre gravement les intérêts de la femme en vendant ses biens à vil prix. L'hypothèque n'offrait pas ce danger, et telle est la raison pour laquelle la loi l'a autorisée.

b. — Le deuxième moyen, qui ne peut être employé que lors de la dissolution de la communauté, et seulement quand le droit résultant de l'ameublissement n'a pas été épuisé par une constitution d'hypothèque, consiste à exiger que l'immeuble ou les immeubles ameublis soient compris dans la masse partageable jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu.

3. *Règles communes à l'ameublissement en propriété et à l'ameublissement en valeur.*

281. L'ameublissement en propriété et l'ameublissement en valeur sont gouvernés par les mêmes règles sous les divers points de vue qui suivent.

1° L'ameublissement soit en propriété, soit en valeur, laisse les époux soumis au droit commun en ce qui concerne leurs dettes.

* Cependant, au cas d'ameublissement par un époux de tous ses immeubles en propriété, l'universalité immobilière de cet époux entrant dans la communauté, il y aurait lieu d'y faire entrer comme contre-partie les dettes correspondantes que le droit commun en exclut. Ainsi, en supposant que l'un des époux ait ameubli tous ses immeubles présents, ses dettes immobilières présentes tomberont dans la communauté; elles sont une charge de l'universalité que l'époux met dans la communauté.

2° Qu'il soit fait en propriété ou en valeur, l'ameublissement ne soumet l'époux dont il émane à aucune garantie, lorsqu'il porte sur la généralité des immeubles, ou même sur les immeubles que l'époux possède dans tel département, dans telle commune...; car en pareil cas l'époux n'a spécifié aucun immeuble, qu'il ait promis d'apporter à la communauté soit en propriété, soit en valeur ; il a ameubli les immeubles en tant qu'il les avait et comme il les avait. Au contraire, l'ameublissement, même en valeur, soumet l'époux dont il émane à la garantie à raison des évictions ayant une cause antérieure au mariage, lorsqu'il a pour objet certains immeubles spécialement désignés, l'immeuble A et l'immeuble B par exemple.

* Mais, au cas d'ameublissement en valeur, l'éviction ne pourrait donner lieu à garantie au profit de la communauté que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble évincé, en supposant qu'elle fût inférieure à la somme promise.

3° L'époux, qui a ameubli un héritage, a toujours le droit, lors du partage, de le retenir en le précomptant sur sa part. La loi, il est vrai, ne consacre ce droit que pour le cas d'ameublissement en propriété (art. 1509); mais on ne concevrait pas qu'il fût refusé à l'époux qui a fait un ameublissement en valeur, puisque cet ameublissement confère à la communauté des droits beaucoup moins étendus que l'ameublissement en propriété.

Lorsque l'ameublissement en valeur porte sur plusieurs immeubles, le choix de ceux à comprendre dans la masse appartient à l'époux débiteur. Arg. art. 1247 al. 2.

SECTION IV

DE LA CLAUSE DE SÉPARATION DES DETTES

282. Le législateur s'occupe dans cette section : 1° de la séparation des dettes stipulée expressément (art. 1510); 2° de deux clauses qui entraînent implicitement une séparation des dettes plus ou moins complète dans ses effets, la clause d'apport et la clause de franc et quitte. Nous traiterons ces matières dans deux paragraphes.

§ I. *De la séparation des dettes stipulée expressément.*

283. Les époux peuvent stipuler, dans leur contrat de mariage, qu'ils paieront séparément, en tout ou en partie, leurs dettes mobilières antérieures au mariage, ou en d'autres termes que ces dettes seront exclues de la communauté. Cette stipulation est connue sous le nom de *clause de séparation des dettes*. Elle a pour but d'égaliser les apports passifs des époux, de même qu'en sens inverse la clause de réalisation sert à égaliser leurs apports actifs.

La clause de séparation des dettes peut être unilatérale; mais dans la pratique elle est presque toujours bilatérale, et c'est pour cela que le législateur lui suppose ce caractère dans l'art. 1510. Le même motif permet d'expliquer comment la loi a pu nous présenter la clause de séparation des dettes comme ne s'appliquant qu'aux dettes présentes des époux (v. art. 1512, 1513 et surtout art. 1497-4°) : ici encore on ne s'est préoccupé que de la clause usuelle. Il est même assez difficile de comprendre que les parties puissent songer à exclure leurs dettes futures de la communauté. En effet la stipulation serait nulle, en tant que portant atteinte aux droits du mari comme chef, si elle s'appliquait aux dettes contractées pendant le cours du mariage par le mari ou par la femme autorisée de lui (arg. art. 1388); et, quant aux dettes des successions ou donations mobilières qui écherront aux époux pendant le cours du mariage, la stipulation, qui, tout en laissant à la communauté l'actif de ces successions ou donations, en exclurait le passif, serait peut-être valable (arg. art. 1387); mais quels seront donc les époux qui auront la fantaisie de faire une pareille stipulation? Dès lors il était bien inutile de s'en préoccuper.

En fait, sinon en droit, la clause de séparation des dettes n'a donc trait qu'aux dettes *présentes*, c'est-à-dire antérieures au mariage. On doit considérer comme telles toutes les dettes des époux dont la cause est antérieure au mariage. Ainsi l'amende ou les réparations civiles, auxquelles l'un des époux est condamné pendant le

mariage à raison d'un délit par lui commis avant la célébration, constituent des dettes antérieures au mariage, comprises par conséquent à ce titre dans la clause de séparation des dettes. Il en est de même d'une dette née d'un contrat conditionnel antérieur au mariage, alors même que la condition ne se serait réalisée que depuis. Arg. art. 1179.

284. Effets de la clause de séparation des dettes. — On lit dans l'art. 1510 : « *La clause par laquelle les époux stipulent qu'ils paie-* » *ront séparément leurs dettes personnelles, les oblige à se faire, lors* » *de la dissolution de la communauté, respectivement raison des dettes* » *qui sont justifiées avoir été acquittées par la communauté à la décharge* » *de celui des époux qui en était débiteur. — Cette obligation est la même,* » *soit qu'il y ait eu inventaire ou non; mais si le mobilier apporté par* » *les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique* » *antérieur au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des époux* » *peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient récla-* » *mées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié, comme* » *sur tous les autres biens de la communauté. — Les créanciers ont le* » *même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la com-* » *munauté, s'il n'a pas été pareillement constaté par un inventaire ou état* » *authentique* ».

On voit que les effets de la clause varient, suivant qu'on l'envisage par rapport aux époux ou par rapport aux créanciers.

285. *a. — Effet entre les époux.* La loi dit que la clause de séparation des dettes oblige les époux « à se faire, lors de la dissolution de » la communauté, respectivement raison des dettes qui sont justifiées » avoir été acquittées par la communauté à la décharge de celui des » époux qui en était débiteur » : ce qui signifie qu'il est dû récompense à la communauté, lorsqu'elle a acquitté une dette, qui devait être payée séparément par l'un des époux. C'est une application du principe écrit en l'art. 1437. Il importe peu d'ailleurs que la communauté ait payé spontanément ou sur la poursuite des créanciers. Conformément au droit commun, l'époux qui réclame la récompense doit prouver qu'elle est due ; il doit donc justifier que la dette, qui devait être payée séparément par son conjoint, a été acquittée par la communauté.

L'effet de la clause de séparation des dettes entre les époux est indépendant de la confection d'un inventaire. Au contraire, comme on va le voir bientôt, un inventaire est nécessaire pour que la clause de séparation des dettes produise ses effets à l'égard des créanciers.

Aux termes de l'art. 1512 : « *La clause de séparation des dettes n'em-* » *pêche point que la communauté ne soit chargée des intérêts ou arréra-* » *ges qui ont couru depuis le mariage* ». Cette disposition, qui n'est qu'une application du principe consacré par l'art. 1409-3°, était inutile. La communauté, ayant eu la jouissance de tous les biens des époux,

devait nécessairement supporter les intérêts de leurs dettes personnelles, qui sont une charge de cette jouissance. Il s'agit seulement des intérêts qui ont couru depuis le mariage ; ceux courus avant seraient supportés par l'époux débiteur, comme charge de la jouissance antérieure au mariage.

286. *b. — Effet de la clause de séparation des dettes à l'égard des » créanciers.* Les créanciers de chaque époux (en supposant la clause bilatérale) ne peuvent poursuivre, outre les biens personnels de leur débiteur, que le mobilier tombé de son chef dans la communauté, lorsque ce mobilier a été constaté par un inventaire ou par un état authentique. Arg. *a contrario* art. 1510 al. 2. En l'absence d'inventaire ou d'état, le mobilier des époux étant confondu dans la communauté, la loi permet aux créanciers soit de l'un, soit de l'autre de poursuivre tout le mobilier, et même les autres biens de la communauté. Tel est, condensé dans quelques mots, le système adopté par notre législateur. Il est basé, comme on le voit, sur une distinction. Est-il impossible, à raison du défaut d'inventaire ou d'état, de constater d'une manière régulière l'importance du mobilier apporté par chaque époux dans la communauté? la loi dit que les créanciers de chaque époux peuvent s'attaquer à tous les *biens* de la communauté, par conséquent même aux immeubles ; car ils ont peut-être été achetés avec l'argent provenant de l'époux débiteur ou avec le produit de la vente de son mobilier. Existe-t-il au contraire un titre régulier permettant de constater l'importance de l'apport fait par chaque époux? notre texte ne dit pas ce qui arrivera dans cette hypothèse; mais il sous-entend évidemment que les créanciers de chaque époux n'auront pour gage, outre ses propres, que les biens tombés dans la communauté de son chef.

En somme, la clause de séparation des dettes ne peut être opposée par l'un des époux aux créanciers de l'autre, qu'autant qu'il existe un inventaire ou un état, permettant de constater d'une manière régulière l'apport de l'époux débiteur à la communauté ; alors ses créanciers ne peuvent poursuivre que le mobilier tombé dans la communauté de son chef. L'inventaire ou l'état doit être antérieur au mariage, en ce qui concerne le mobilier apporté lors du mariage. A défaut d'inventaire ou d'état, les créanciers peuvent poursuivre tous les biens de la communauté, et en outre les biens personnels du mari, même, suivant l'opinion générale, lorsque la dette provient du chef de la femme (arg. art. 1419).

* **287.** D'après l'opinion que nous venons d'émettre, la séparation des dettes est opposable aux créanciers du mari, aussi bien qu'à ceux de la femme, lorsque les formalités prescrites par la loi ont été remplies. Un parti important dans la doctrine, soutient au contraire que la séparation des dettes n'est jamais opposable

aux créanciers du mari; ceux-ci auraient donc le droit de poursuivre dans tous les cas leur paiement sur tous les biens de la communauté indistinctement, y compris ceux provenant du chef de la femme, même lorsqu'il existe un inventaire permettant de les isoler de ceux qui proviennent du chef du mari. On ferait ainsi, au cas de clause de séparation des dettes, une situation différente aux créanciers du mari et à ceux de la femme. — Certes, le texte de la loi n'est pas favorable à cette interprétation. L'art. 1510 parle dans une seule et même phrase des créanciers du mari et de ceux de la femme; et, si l'argument *a contrario* qu'on tire de ses termes est trouvé bon, en ce qui concerne les créanciers de la femme, à l'effet de restreindre leur droit de poursuite au mobilier provenant de la femme, lorsqu'il existe un inventaire ou un état permettant d'en constater l'importance, on s'explique difficilement que ce même argument puisse être mauvais en ce qui concerne les créanciers du mari. D'ailleurs l'intention des parties ne paraît guère douteuse. Dans la pratique, la clause de séparation des dettes est presque toujours stipulée contre le mari, dont on connaît ou dont on soupçonne les dettes. Que veut alors la femme? Evidemment, soustraire son avoir aux créanciers du mari, et c'est ne tenir aucun compte de cette volonté que de permettre auxdits créanciers, même quand toutes les formalités prescrites par la loi ont été remplies, de poursuivre leur paiement sur le mobilier apporté par la femme. — On objecte que toute dette du mari est dette de la communauté, que par conséquent les créanciers du mari ont pour gage tous les biens de la communauté. Sans doute telle est la règle; mais les parties y ont dérogé en stipulant la séparation des dettes, et la dérogation est valable, car la règle n'est pas d'ordre public. — On insiste, et l'on dit que le mari, malgré la clause de séparation des dettes, a incontestablement le droit, en vertu du pouvoir absolu que la loi lui accorde (art. 1421), d'employer au paiement de ses dettes tous les biens de la communauté, y compris ceux qui proviennent de sa femme; or, dit-on, si le mari a ce droit, ses créanciers l'ont aussi par application de l'art. 1166. — Est-il bien vrai que le mari ait le droit dont on parle, en présence de la clause de séparation des dettes? Cette clause n'a-t-elle pas eu précisément pour but de restreindre sur ce point ses pouvoirs? Sans doute, en fait, le mari peut employer tous les biens de la communauté au paiement de ses dettes; mais le fait n'est pas le droit, et les créanciers ne peuvent exercer du chef du mari que les droits qui appartiennent à celui-ci.

§ II. *Des clauses qui entraînent séparation tacite des dettes.*

288. Parmi les clauses d'où résulte implicitememt la séparation des dettes, le législateur en signale deux dans cette section : la clause d'apport et la clause de franc et quitte. Etudions-les successivement.

I. *Clause d'apport.*

289. Aux termes de l'art. 1511 : « *Lorsque les époux apportent dans* » *la communauté une somme certaine ou un corps certain, un tel apport* » *emporte la convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes antérieu-* » *res au mariage; et il doit être fait raison par l'époux débiteur à l'autre,* » *de toutes celles qui diminueraient l'apport promis* ».

L'apport promis à la communauté doit être net; car telle a été vraisemblablement la commune intention des parties. Voilà pourquoi la loi décide que, si cet apport se trouve diminué par les dettes que la

communauté a été obligée de payer du chef de l'époux débiteur de l'apport, elle aura droit à récompense. Ainsi la femme a promis d'apporter à la communauté son argenterie, qui vaut 5,000 fr.; la communauté paie 2,000 fr. de dettes, dont la femme était grevée lors du mariage ; elle aura droit de ce chef à récompense ; autrement elle ne recevrait en réalité qu'une valeur de 3,000 fr. — Supposons encore que la femme ait promis d'apporter 10,000 fr. à la communauté, ou, ce qui est équivalent, elle a promis d'apporter son mobilier jusqu'à concurrence de 10,000 fr.; la valeur dudit mobilier est par hypothèse de 12,000 fr., elle excede donc de 2,000 fr. l'apport promis, ce qui rend la femme créancière d'une récompense de 2,000 fr. (*supra* n. 266); mais, d'un autre côté, la femme a 6,000 fr. de dettes que la communauté paie. La communauté a droit de ce dernier chef à une récompense de 6,000 fr., et, en déduisant les 2,000 fr. qu'elle doit de son côté pour l'excédent du mobilier, elle reste finalement créancière d'une récompense de 4,000 fr.

Inter conjuges, la clause d'apport produit donc un effet analogue à celui que produirait une clause expresse de séparation des dettes.

La clause d'apport a-t-elle la même vertu à l'égard des créanciers? Peut-elle leur être opposée, comme pourrait l'être une clause expresse de séparation des dettes? L'art. 1511 ne s'est pas occupé de cette question, et elle doit par conséquent être résolue d'après les principes généraux; ils conduisent à la distinction suivante :

a. L'apport promis consiste-t-il en un corps certain, comme une galerie de tableaux par exemple? En pareil cas, l'époux ne met dans la communauté que des objets déterminés; il en exclut l'universalité de ses meubles, qu'il se réserve propre, et par suite ses dettes mobilières qui sont une charge de cette universalité. Il y a donc véritablement séparation des dettes, quoique cela n'ait pas été exprimé; et, comme rien n'autorise à dire que la clause de séparation des dettes doit être expresse pour produire son effet à l'égard des créanciers, nous en concluons qu'elle pourrait leur être opposée, sous les conditions exigées par l'art. 1510 bien entendu.

b. Si au contraire l'apport promis consiste en une somme d'argent, stipulation qui, nous l'avons démontré, équivaut à celle par laquelle le mobilier est mis dans la communauté jusqu'à concurrence de ladite somme (*supra* n. 266), l'universalité mobilière de l'époux tombe dans la communauté, et avec elle les dettes mobilières qui en sont une charge. Il n'y a donc pas dans la réalité des choses séparation des dettes, et par suite la clause ne produit pas d'effet à l'égard des créanciers.

II. *Clause de franc et quitte.*

290. La clause de *franc et quitte,* qu'il ne faut pas confondre avec la clause de *reprise d'apport franc et quitte* (art. 1514), est celle par laquelle l'un des époux se déclare ou est déclaré par un tiers, parent ou étranger, franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage. L'art. 1513 dit à ce sujet : « *Lorsque la communauté est poursuivie pour* » *les dettes de l'un des époux, déclaré, par contrat, franc et quitte de* » *toutes dettes antérieures au mariage, le conjoint a droit à une indem-*

» *nité qui se prend soit sur la part de communauté revenant à l'époux* » *débiteur, soit sur les biens personnels dudit époux; et, en cas d'insuffi-* » *sance, cette indemnité peut être poursuivie par voie de garantie, contre* » *le père, la mère, l'ascendant ou le tuteur qui l'auraient déclaré franc* » *et quitte. — Cette garantie peut même être exercée par le mari durant* » *la communauté, si la dette provient du chef de la femme; sauf, en ce* » *cas, le remboursement dû par la femme ou ses héritiers aux garants,* » *après la dissolution de la communauté* ».

Le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte doit naturellement croire à l'exactitude de cette déclaration. Si donc la déclaration est fausse, ce qui apparaît lorsque la communauté est poursuivie à raison des dettes de l'époux déclaré franc et quitte, son conjoint, victime d'une supercherie, a le droit de se faire indemniser du préjudice qu'il éprouve, par l'auteur ou par les auteurs de la fausse déclaration; car ils ont implicitement pris l'engagement de réparer ce préjudice. Tel est l'effet de la clause de franc et quitte. Il présente beaucoup d'analogie avec celui que produit une clause de séparation des dettes, et cela explique le voisinage des deux clauses dans le code civil.

Notons tout de suite deux différences entre la clause de séparation des dettes et la clause de franc et quitte :

1° La clause de séparation des dettes est opposable aux créanciers des époux, quand leur mobilier a été constaté par inventaire ou état authentique. Au contraire, la clause de franc et quitte n'est jamais opposable aux créanciers : cela résulte par argument de l'art. 1513 al. 1, qui suppose que la communauté est poursuivie à raison des dettes de l'époux déclaré franc et quitte, et forcée de les payer.

2° La clause de séparation des dettes n'empêche pas la communauté d'être tenue de supporter les intérêts des dettes des époux (art. 1512); la communauté qui a payé ces dettes n'a donc droit à récompense que pour le capital. Au contraire, l'indemnité, due au conjoint de l'époux faussement déclaré franc et quitte, doit comprendre, non seulement le préjudice résultant du paiement du capital, mais aussi celui résultant du paiement des intérêts courus pendant le mariage. Cette différence est facile à justifier. Le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte a dû croire que celui-ci n'avait pas de dettes, et que par suite la communauté n'aurait à payer de son chef ni capital ni intérêts. Au contraire, la clause de séparation des dettes annonce l'existence de dettes, et on considère que les époux entendent les exclure de la communauté pour le capital seulement, non pour les intérêts.

291. La loi, statuant toujours en vue des cas les plus usuels, suppose dans l'art. 1513 que la déclaration de franc et quitte est faite par le père, la mère, l'ascendant ou le tuteur de l'époux. Mais il est certain

que cette déclaration pourrait aussi émaner soit d'un tiers non parent, soit de l'époux lui-même.

Quel que soit l'auteur de la déclaration, la responsabilité qu'elle engendre pèse toujours en première ligne sur l'époux déclaré franc et quitte. Sur ce point, notre ancien droit avait d'autres principes. Sous prétexte que l'époux ne doit pas être obligé par une stipulation à laquelle il est demeuré étranger, on décidait que sa responsabilité personnelle n'était pas engagée par la déclaration de franc et quitte émanée d'un tiers. Notre législateur, et il ne faut pas l'en blâmer, considère l'époux, qui, sans protester, se laisse déclarer franc et quitte par un tiers, comme s'associant à la déclaration, la faisant sienne; le plus souvent même il en sera le promoteur. Aussi l'art. 1513 lui assigne-t-il la part la plus lourde dans la responsabilité qu'engendre cette clause ; il le déclare principal obligé au paiement de l'indemnité, qui pourra être due, le cas échéant, à son conjoint; le tiers qui a fait la déclaration n'est tenu qu'en qualité de caution ou, comme le dit l'art. 1513 *in fine,* de *garant,* expression que nous emploierons désormais.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° Le recours contre le garant n'est que subsidiaire. Le garant peut donc, s'il est poursuivi, exiger la discussion préalable des biens de l'époux déclaré franc et quitte. La loi dit que l'indemnité se prend d'abord, « soit sur la part de communauté reve- » nant à l'époux débiteur, soit sur les biens personnels dudit époux », et ce n'est qu'en cas d'insuffisance qu'elle permet de poursuivre le paiement de l'indemnité contre le garant;

2° Le recours contre le garant ne peut être exercé en principe qu'à la dissolution de la communauté. En effet les récompenses ou indemnités dues par l'un des époux à l'autre, ne se liquidant et ne se réglant qu'après la dissolution de la communauté, c'est seulement à cette époque que l'époux déclaré franc et quitte, débiteur principal de l'indemnité, peut être poursuivi, et par suite on ne peut jusque-là poursuivre le garant qui n'est tenu que subsidiairement. — Cependant la loi fait exception à cette règle au cas où la déclaration de franc et quitte concerne la femme. Le mari, qui a été forcé en qualité de chef de la communauté de payer les dettes de sa femme faussement déclarée franche et quitte, peut exercer son action en indemnité contre le garant pendant la durée de la communauté ;

3° Le garant a une action récursoire contre l'époux déclaré franc et quitte, pour obtenir le remboursement de l'indemnité qu'il a été forcé de payer. Et toutefois le garant de la femme, qui aurait été poursuivi et forcé de payer pendant la durée de la communauté, ne peut exercer son recours contre la femme qu'à la dissolution de la communauté (art. 1513 *in fine*). En effet, s'il pouvait l'exercer avant cette époque, il ferait exproprier la nue propriété des biens personnels de la femme, et le mari perdrait l'élément de crédit que cette nue propriété peut lui procurer, sans compter que le changement dans la personne du nu propriétaire pourrait être une source de difficultés pour lui. La loi veut que le mari obtienne exactement la situation qui lui aurait été faite si la déclaration se fût trouvée conforme à la vérité.

292. Maintenant en quoi consistera l'indemnité due au conjoint de l'époux faussement déclaré franc et quitte ? Cette indemnité doit comprendre tout le préjudice,

mais aussi rien que le préjudice subi. Ce préjudice résulte du paiement des dettes de l'époux auquel s'applique la fausse déclaration : l'actif de la communauté se trouve diminué du montant des valeurs employées à ce paiement et du revenu de ces valeurs depuis le jour de leur aliénation jusqu'au jour de la dissolution de la communauté (Cass., 27 mai 1879, Sir., 80. 1. 393). Il pourra en résulter :

D'une part, que l'actif ainsi réduit sera peut-être insuffisant pour procurer à l'autre époux le paiement de ses reprises;

Et d'autre part, que cet époux obtiendra par le partage de la communauté un lot moins fort.

On admettait sans difficulté dans notre ancien droit que le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte avait droit à une indemnité du premier chef, mais on n'était pas d'accord sur le point de savoir s'il pouvait en réclamer une du second ; beaucoup résolvaient la question négativement. Aujourd'hui il est certain que l'indemnité serait due de l'un et de l'autre chef; l'art. 1513 ne distingue pas.

* **293.** La femme, dont le mari a été faussement déclaré franc et quitte par un tiers, peut-elle exercer une action en indemnité soit contre son mari, soit contre le garant, si elle renonce à la communauté? La femme renonçante peut exercer ses reprises sur tout le patrimoine du mari, qui comprend désormais tous les biens de la communauté (art. 1495). Si, par suite du paiement des dettes de son mari faussement déclaré franc et quitte, la femme ne trouve plus dans le patrimoine de celui-ci des biens d'une valeur suffisante pour assurer le paiement de ses reprises, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas agir contre le garant, dans les limites du préjudice qu'elle éprouve. Mais, la renonciation faisant perdre à la femme tout droit dans la communauté, elle serait mal fondée à demander soit à son mari, soit au garant une indemnité pour le deuxième préjudice dont il a été parlé tout à l'heure, celui résultant de la diminution de sa part dans la communauté.

SECTION V

DE LA FACULTÉ ACCORDÉE A LA FEMME DE REPRENDRE SON APPORT FRANC ET QUITTE

294. Définition. — Aux termes de l'art. 1514 al. 1 : « *La femme » peut stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté, elle repren- » dra tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté, soit lors du mariage, » soit depuis* ». Telle est la clause, dite de *reprise d'apport franc et quitte*. En principe, la femme perd par sa renonciation toute espèce de droit sur les biens de la communauté, même sur ceux qui y sont entrés de son chef (art. 1492). La femme renonçante doit donc faire le sacrifice de son apport, de sa mise dans la communauté. Ce résultat peut être conjuré par la stipulation de la clause de reprise d'apport franc et quitte, qui permet à la femme de reprendre, au cas de renonciation, tout ou partie des biens qu'elle a apportés dans la communauté, sans avoir à contribuer aux dettes, et sauf à déduire cependant les dettes à elles personnelles, qui sont tombées dans la communauté comme conséquence de son apport et que la communauté aurait acquittées. La renonciation, qui constitue déjà un privilège pour la femme, se trouve ainsi doublée d'un autre privilège.

On le voit, la clause de reprise d'apports francs et quittes, permet à la femme de profiter des bonnes chances de l'association, sans l'exposer à subir les mauvaises. Les affaires sociales ont-elles prospéré sous une direction habile? la femme acceptera la communauté, et prendra la moitié du profit. Le budget social est-il au dessous du pair? la femme renoncera à la communauté, et elle reprendra sa mise sans avoir à contribuer aux dettes. La femme est donc associée pour le profit sans l'être pour la perte. Dérogation grave à des règles fondamentales en matière de société (art. 1855 al. 2) et en matière de communauté (art. 1492). Aussi nos anciens disaient-ils que cette clause, tout à fait exorbitante du droit commun, est *de droit étroit et très étroit*. Ils entendaient sans doute par là que l'interprétation restrictive, qui doit être appliquée à toutes les clauses rentrant dans le domaine de la communauté conventionnelle, parce qu'elles dérogent au droit commmun, s'impose ici avec plus de rigueur que partout ailleurs, parce que la dérogation est plus grave. Les principes n'ont pas changé sur ce point. La loi dit : « *mais cette stipulation ne peut s'étendre au delà des choses formellement exprimées, ni au profit de personnes autres que celles désignées* » (art. 1514 al. 1 *in fine*). Donc interprétation restrictive soit quant aux choses, soit quant aux personnes.

a. — Quant aux choses. — « *Ainsi* », dit la loi, « *la faculté de reprendre le mobilier que la femme a apporté lors du mariage, ne s'étend point à celui qui serait échu pendant le mariage* ». De même, en sens inverse, la faculté accordée à la femme de reprendre son mobilier futur ne s'appliquera pas au mobilier présent.

b. — Quant aux personnes. — « *Ainsi la faculté accordée à la femme ne s'étend point aux enfants ; celle accordée à la femme et aux enfants ne s'étend point aux héritiers ascendants ou collatéraux* » (art. 1514 al. 3). Voilà une interprétation restrictive au premier chef. D'après le droit commun, les conventions que nous faisons profitent à nos héritiers, sans qu'il soit nécessaire que cela soit exprimé (art. 1122). Cette règle ne s'applique pas ici : le bénéfice de la stipulation faite *au profit de la femme* ne s'étend pas à ses héritiers, et celui de la stipulation faite *au profit de la femme et de certains héritiers* ne s'étend pas aux autres.

Et toutefois, sous prétexte d'interprétation restrictive, il ne faut pas faire dire aux parties le contraire de ce qu'elles ont évidemment voulu. Ainsi la clause, qui accorde le droit de reprise à la femme et à certains héritiers, devrait profiter aux héritiers plus favorables dont la clause ne parle pas. Par exemple, la stipulation du droit de reprise « au profit de la femme *et de ses héritiers collatéraux* » sera considérée comme s'appliquant *a fortiori* aux enfants. On interprétera la clause comme signifiant : « au profit de la femme et de ses héritiers *même* collatéraux ». Il serait inex-

plicable en effet que la femme eût voulu exclure ses enfants d'un bénéfice qu'elle stipule au profit de ses collatéraux.

De même la stipulation faite en faveur de la femme et de ses enfants, profitera à tous les enfants sans distinction, légitimes, adoptifs ou naturels, à chacun bien entendu dans la mesure de son droit héréditaire.

Mais la faculté, accordée à la femme, à ses enfants et à ses ascendants, ne s'étendrait pas à ses héritiers collatéraux. De même la faculté accordée à la femme *et à ses héritiers* ne s'étendrait pas aux légataires universels et à titre universel de la femme, qui sont des donataires.

295. De l'ouverture du droit résultant de la clause de reprise d'apport franc et quitte. — Le droit dont il s'agit s'ouvre lors de la dissolution de la communauté, qu'elle qu'en soit la cause, en supposant bien entendu qu'il existe à cette époque une tête sur laquelle il puisse se fixer. Mais l'exercice du droit est subordonné à la renonciation à la communauté, qui est, comme le dit Pothier, une *lex faciendi*. Si donc la femme ou ses représentants acceptent la communauté, le droit de reprise ne pourra pas être exercé. Ce n'est pas à dire cependant que la femme ne puisse pas stipuler le droit de reprendre son apport franc et quitte, même au cas d'acceptation; mais on serait alors en présence d'une clause de réalisation, et non d'une clause de reprise d'apport franc et quitte.

Dès que le droit est ouvert dans la personne du titulaire, il devient transmissible à tous ses héritiers ou successeurs universels, qui pourront l'exercer, à la condition de renoncer à la communauté du chef de leur auteur. Ainsi le droit de reprise d'apports francs et quittes a été stipulé au profit de la femme seulement. Si la communauté se dissout par la mort de la femme, le droit ne s'ouvre pas ; mais, si elle se dissout par la mort du mari ou par le divorce ou par la séparation soit de corps, soit de biens, le droit est immédiatement ouvert dans la personne de la femme, et, si elle meurt avant de l'avoir exercé, ses héritiers ou successeurs universels, quels qu'ils soient, pourront l'exercer de son chef, pourvu qu'ils remplissent la *lex faciendi* à laquelle l'exercice du droit est subordonné, c'est-à-dire qu'ils renoncent à la communauté du chef de la femme.

296. Conditions de l'exercice du droit de reprise d'apport. — Aux termes de l'art. 1514 *in fine* : « *Dans tous les cas, les apports ne* » *peuvent être repris que déduction faite des dettes personnelles à la* » *femme, et que la communauté aurait acquittées.* Par dettes *personnel-* » *les à la femme* la loi entend ici les dettes qui grevaient son apport, et qui sont tombées dans la communauté comme conséquence de cet apport, les dettes en un mot qui sont la contre-partie de l'apport. La femme, qui retire de la communauté son apport actif, doit naturellement la décharger de l'apport passif correspondant. C'est de toute justice ; autrement la femme reprendrait plus qu'elle n'a mis dans la communauté.

La femme, qui a stipulé le droit de reprendre tout son mobilier présent, doit donc déduire du montant de sa reprise toutes ses dettes présentes que la communauté a acquittées. Ainsi l'universalité des biens mobiliers apportés par la femme lors du

mariage vaut 30,000 fr.; mais elle est grevée de 10,000 fr. de dettes mobilières, que la communauté paie. En réalité, l'apport de la femme se réduit à 20,000 fr. ; elle ne pourra reprendre que cette somme en vertu de la clause qui nous occupe.

De même, la femme, qui a stipulé le droit de reprendre tout son mobilier futur, doit déduire du montant de sa reprise toutes les dettes tombées dans la communauté comme charge de ce mobilier, par exemple les dettes grevant les successions mobilières qui lui sont échues.

Mais, si le droit de reprise de la femme a été limité à certains objets spécialement désignés, par exemple son argenterie, elle pourra l'exercer sans avoir à rembourser à la communauté aucune des dettes qui grevaient son apport. En effet dans ce cas l'universalité mobilière de la femme reste dans la communauté, et par conséquent aussi les dettes qui en sont une charge. Il en serait de même, si la femme s'était réservé le droit de reprendre une somme d'argent fixée à forfait pour lui tenir lieu des meubles qu'elle a apportés. *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.*

297. Sauf la dérogation résultant de l'art. 1514 *in fine,* sur laquelle nous venons de nous expliquer, il faudrait appliquer à la femme, qui reprend son apport franc et quitte en renonçant à la communauté, les règles qui régissent la renonciation.

Ainsi la femme exerçant le droit qui nous occupe, ne devrait aucunement supporter les dettes tombées dans la communauté du chef de son mari soit lors du mariage, soit depuis. Elle ne devrait même pas supporter les dettes tombées dans la communauté de son propre chef *sans récompense* et qui ne seraient pas une charge des apports dont elle exerce la reprise, par exemple la dette résultant d'un emprunt qu'elle aurait fait avec l'autorisation de son mari dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté.

Et toutefois, à raison de ces dernières dettes, la femme ne serait pas libérée par rapport aux créanciers envers qui elle s'est personnellement obligée; elle continuerait à être tenue à leur égard sur tous ses biens, y compris l'apport dont elle exerce la reprise (arg. art. 1494); sauf le droit qui lui appartiendrait, si elle est obligée de payer, d'exercer un recours contre son mari, à l'égard duquel elle est déchargée de toute contribution à raison de ces dettes.

* C'est même une question discutée que celle de savoir si la femme pourrait valablement, en vertu d'une clause spéciale de son contrat de mariage, soustraire l'apport dont elle exerce la reprise aux poursuites des créanciers envers qui elle se serait personnellement obligée, par exemple en disant « qu'elle reprendra, *à l'exclusion de tous autres créanciers de la communauté,* son apport franc et quitte de toutes dettes, alors même qu'elle s'y serait obligée ou qu'elle y serait condamnée ». La cour de cassation a jugé l'affirmative par un arrêt de rejet du 7 février 1855. Ceux qui admettent avec la jurisprudence l'inaliénabilité de la dot mobilière, peuvent souscrire à cette décision; les autres doivent naturellement faire leurs réserves. Dans l'espèce, la femme s'était fait colloquer au premier rang en vertu de son hypothèque légale pour une somme de 9,000 fr., représentant la valeur des apports dont elle avait stipulé la reprise; elle voulait soustraire le montant de sa collocation à des créanciers de la communauté envers lesquels elle s'était personnellement engagée, et à cet effet elle leur opposait la clause qui vient d'être rapportée et dont la validité était contestée. La clause litigieuse, dit la cour de cassation, est valable en vertu du principe de liberté écrit dans l'art. 1387. Elle ne contient rien de contraire à l'ordre public; car elle se réduit à la stipulation de l'inaliénabilité des reprises dotales de la femme, inaliénabilité qui engendre comme conséquence l'inefficacité sur les biens déclarés inalié-

nables des obligations contractées par la femme. Cette stipulation, que la loi autorise sous le régime dotal, et qui est même sous-entendue quand les parties déclarent se soumettre à ce régime, peut être transportée par les parties dans le régime de la communauté; il y a alors combinaison du régime de la communauté et du régime dotal.

* Toutefois, la femme ne peut reprendre son apport franc et quitte, à l'exclusion des créanciers envers lesquels elle est personnellement obligée, qu'en vertu d'une clause conçue dans des termes tels que la volonté des parties de la rendre opposable aux tiers soit certaine, évidente, incontestable. La cour de cassation ne considère pas à cet égard comme suffisante la clause traditionnelle, que « la femme renonçante reprendra ses apports francs et quittes de toutes dettes, alors même qu'elle y serait obligée ou condamnée ». Cass., 29 janvier 1866, Sir., 66. 1. 141; voyez aussi Cass., 2 décembre 1872, Sir., 72. 1. 437, et Caen, 12 juin 1878, Sir., 78. 2. 251.

298. La clause de reprise d'apport franc et quitte donne-t-elle à la femme le droit de reprendre son apport en nature ou en valeur ? En d'autres termes, la femme, qui a stipulé le droit de reprise d'apport franc et quitte, demeure-t-elle éventuellement propriétaire de son apport, ce qui lui donnerait le droit, le cas échéant, d'en opérer la reprise en nature; ou bien au contraire cet apport devient-il la propriété de la communauté, sauf restitution de sa valeur, le cas échéant ? Il faut s'en tenir à la dernière solution ; elle était admise sans difficulté dans notre ancien droit; or la tradition a une importance décisive dans une matière toute traditionnelle. La jurisprudence est constante en ce sens. Cass., 17 février 1879, Sir., 80. 1. 449; Agen, 23 février 1881, Sir., 81. 2. 149.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° Les biens apportés par la femme et dont elle a stipulé la reprise, sont aux risques de la communauté;

2° Le mari peut les aliéner ou les grever de droits réels; ses créanciers peuvent les saisir;

3° La femme ne pourrait pas se faire payer, par préférence aux créanciers de son mari, la somme qui représente la valeur de son apport, sur le prix des meubles compris dans cet apport, ni à plus forte raison sur le prix des autres meubles appartenant à son mari. Nul texte en effet ne lui accorde de privilège sur ces meubles. En d'autres termes, entre la femme créancière de la valeur de son apport et les autres créanciers du mari, il n'y a pas d'autre différence que celle résultant de l'hypothèque légale de la femme; et, comme cette hypothèque ne porte que sur les *immeubles* du mari, il s'ensuit que, sur le prix des meubles, la femme, en cas d'insuffisance, viendra par contribution avec les autres créanciers du mari. Il en serait ainsi, alors même que la clause de reprise d'apports francs et quittes aurait été déclarée par le contrat opposable aux créanciers du mari. Agen, 23 février 1881, Sir., 81. 2. 149.

* La femme, qui exerce la reprise de son apport en vertu de la clause qui nous occupe, agit en qualité de créancière du mari, et non de la communauté ; car sa créance ne prend naissance que par suite d'un fait postérieur à la dissolution de la communauté, savoir la renonciation. D'où il faut conclure que sa créance ne deviendra productive d'intérêts qu'en vertu d'une demande en justice (arg. art. 1479), et non de plein droit à partir de la dissolution de la communauté conformément à l'art. 1473.

299. Il reste à dire comment doit être constatée la valeur de l'apport de la femme, lorsqu'elle a stipulé le droit de le reprendre franc et quitte. Il y aurait lieu d'appliquer sur ce point par analogie les règles qui ont été exposées au sujet de la communauté réduite aux acquêts. Si donc le droit de reprise porte sur le mobilier

présent, sa valeur doit être constatée par un inventaire ou état en bonne forme dressé antérieurement au mariage par les soins de la femme (arg. art. 1499). Si le droit de reprise s'applique au mobilier futur, l'inventaire destiné à en constater la valeur doit être dressé par les soins du mari, à défaut de quoi la femme serait autorisée à avoir recours aux modes de preuve exceptionnels indiqués en l'art. 1504.

La femme exerce d'ailleurs la reprise de la valeur de son apport sur tous les biens indiqués en l'art. 1495.

SECTION VI

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL

I. *Généralités.*

300. *Préciput* vient de *præcipere,* qui lui-même est dérivé de *præ capere, prendre avant, prélever.* « On appelle préciput en matière de communauté, dit Pothier, ce que l'un des époux a le droit de prélever sur les biens de la communauté lors du partage qui en est à faire ». Quelquefois aussi le mot *préciput* est employé pour désigner le droit lui-même de prélèvement.

En distinguait dans notre ancien droit deux espèces de préciput : le préciput *légal* et le préciput *conventionnel.* Le préciput légal était celui que plusieurs coutumes accordaient de plein droit au survivant de deux époux nobles. Le préciput conventionnel résultait d'une convention insérée au contrat de mariage. Le code civil n'a conservé que ce dernier, et il aurait pu par suite supprimer l'épithète de *conventionnel,* qui semble donner à entendre qu'il existe encore un préciput légal.

Le préciput peut être stipulé au profit de l'un ou de l'autre des conjoints avec ou sans condition de survie. Ainsi il peut être stipulé au profit du survivant des époux quel qu'il soit, ou au profit de tel époux s'il survit, ou au profit de tel époux sans condition de survie. La loi ne parle que du préciput stipulé sous condition de survie, parce que c'est le cas qui se rencontre le plus fréquemment dans la pratique. Pour le même motif, elle suppose que le préciput est stipulé en pleine propriété; mais rien ne s'opposerait à ce qu'il fût stipulé en usufruit.

Qu'il soit stipulé en usufruit ou en pleine propriété, le préciput peut avoir pour objet, soit une certaine somme d'argent, soit des biens de la communauté, meubles ou immeubles, en nature.

301. La stipulation d'un préciput comprenant des effets mobiliers ou des immeubles de la communauté *en nature,* n'a pas pour résultat de rendre éventuellement ces biens propres à l'époux préciputaire. Ils continuent à faire partie de la communauté, sauf à l'époux préciputaire à les prélever sur la masse lors de la dissolution, s'ils existent encore, ou leur valeur dans le cas contraire. De là il suit :

1° Que le mari a toujours le droit, en qualité de chef de la communauté, d'aliéner les biens compris dans le préciput;

2° Que les créanciers de la communauté peuvent saisir les effets

compris dans le préciput (art. 1519) et les faire vendre pour se payer sur le prix, sauf en ce cas le droit pour l'époux préciputaire d'en prélever la valeur sur la masse. On peut induire de là que les créanciers de la communauté doivent être payés avant qu'il y ait lieu d'exercer le prélèvement auquel donne droit le préciput. En d'autres termes, le préciput doit être prélevé sur la masse partageable, dettes déduites, sur l'actif net à partager.

302. Tel est le droit de l'époux préciputaire. Son préciput ne le rend pas créancier de la communauté. Copropriétaire des biens communs, il a seulement, sur la partie de ces biens qui constitue l'actif net à partager, un droit plus fort que celui de son conjoint, en ce sens qu'il est autorisé à prélever sur la masse le montant de son préciput, le surplus devant seul faire l'objet du partage. Nous tirerons de là plusieurs déductions :

1° La femme, en cas d'insuffisance de l'actif net de la communauté, ne peut pas, pour obtenir le complément de son préciput, s'attaquer aux biens personnels du mari (art. 1515). Elle aurait au contraire ce droit, si le préciput constituait une créance contre la communauté. Arg. art. 1472;

2° La femme renonçante perd son droit au préciput (art. 1515). En effet la renonciation prive la femme de tout droit sur les biens de la communauté (art. 1492), donc aussi du droit au prélèvement dans lequel consiste le préciput. D'ailleurs le préciput suppose le partage de la communauté, puisque c'est un prélèvement avant partage; donc il ne peut être question de préciput, pas plus pour la femme que pour le mari, quand il n'y a pas lieu à partage : ce qui arrive quand la femme renonce à la communauté.

Cette règle peut cependant recevoir exception quant à la femme, en vertu d'une stipulation formelle du contrat de mariage : on peut convenir qu'elle aura droit au préciput, même en renonçant. La règle et l'exception sont formulées par l'art. 1515 al. 1, ainsi conçu : « *La » clause par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever, avant » tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobi- » liers en nature, ne donne droit à ce prélèvement, au profit de la femme » survivante, que lorsqu'elle accepte la communauté, à moins que le » contrat de mariage ne lui ait réservé ce droit, même en renonçant* ».

Toutefois, le droit qui appartient alors à la femme est improprement appelé *préciput;* car, ainsi que nous le disions tout à l'heure, il ne saurait y avoir préciput, c'est-à-dire prélèvement avant partage, quand il n'y a pas partage. La vérité est que le préciput de la femme se transforme, par la stipulation qu'elle y aura droit même au cas de renonciation, en un droit de créance contre la communauté. La femme doit donc alors être traitée, pour le paiement de son préciput, comme créancière de la communauté et par suite du mari. De là deux conséquences :

1° Le mari devient responsable sur ses biens personnels du paiement du préciput. « *Hors le cas de cette réserve* », dit l'art. 1515 *in fine*, « *le préciput ne s'exerce* » *que sur la masse partageable, et non sur les biens personnels de l'époux prédé-* » *cédé* ». Donc, quand la réserve a été faite, c'est-à-dire quand le préciput a été stipulé même pour le cas de renonciation, la femme peut l'exercer sur les biens personnels du mari; et ce droit lui appartient alors soit au cas d'acceptation, soit au cas de renonciation, car la loi ne distingue pas. Seulement, si la femme accepte, elle ne pourra demander le paiement du préciput sur les biens personnels de son mari qu'en cas d'insuffisance des biens de la communauté (arg. art. 1472), tandis que, si elle renonce, elle pourra s'attaquer indifféremment aux uns ou aux autres, tous faisant désormais partie d'un même patrimoine appartenant au même maître.

En somme, la stipulation que la femme aura droit au préciput, même en renonçant, lui donne le droit de recourir sur les biens du mari pour le paiement du préciput, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce. C'est probablement à ce recours que fait allusion l'art. 1519 *in fine*, quand, après avoir dit que les créanciers peuvent faire vendre les biens compris dans le préciput, il ajoute : « *sauf le recours de* » *l'époux, conformément à l'article* 1515 ».

2° La femme, qui a stipulé un préciput même en renonçant, pourrait, soit au cas d'acceptation, soit au cas de renonciation, exercer son hypothèque légale sur les immeubles de son mari pour obtenir le paiement de son préciput, et aussi venir en concours avec les autres créanciers du mari sur le prix du mobilier.

II. *De la nature du préciput.*

303. Aux termes de l'art. 1516 : « *Le préciput n'est point regardé comme un* » *avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de* » *mariage* ».

Si on rapproche ce texte du passage de Pothier dont il a été manifestement extrait (Communauté, n. 442), on demeure convaincu que le législateur entend formuler ici cette double règle : le préciput n'est une donation, ni quant au fond, ni quant à la forme.

a. — *Le préciput n'est pas une donation quant au fond,* mais bien une convention de mariage et entre associés, donc une convention à titre onéreux. *Adde* arg. art. 1525 al. 2. Par conséquent l'avantage, qui en résulte pour l'époux préciputaire, ne sera pas en principe réductible, en cas d'excès, au profit des héritiers réservataires de l'autre époux. Cependant une action en réduction pourrait prendre naissance dans la personne des enfants du premier lit de l'autre époux, si l'avantage excédait la limite fixée par l'art. 1098. Il en est sur ce point du préciput comme de tous les autres avantages résultant de l'adoption du régime de la communauté conventionnelle (art. 1527 al. 3).

b. — *Le préciput n'est pas une donation quant à la forme.* Pothier en concluait qu'il n'était pas soumis à la formalité de l'insinuation. Notre droit moderne ne connaît plus l'insinuation, et il devient assez difficile de dire quelle est la formalité à laquelle songeait le législateur, lorsqu'il a déclaré le préciput non soumis *aux formalités des donations*. Assurément ce n'est pas l'authenticité ; car la convention de préciput ne peut être contenue que dans le contrat de mariage, qui est nécessairement un acte authentique. A moins que ce ne soit la solennité de l'acceptation ; mais alors l'art. 1516 ne fait que répéter inutilement sur ce point cè qu'avait déjà dit l'art. 1087.

III. *De l'ouverture du préciput.*

304. Pour savoir quand s'ouvre le droit résultant de la convention de préciput, il faut distinguer si le préciput a été stipulé avec ou sans condition de survie.

a. — *Le préciput a été stipulé sans condition de survie.* Exemple : préciput de 20,000 fr. stipulé au profit de la femme ou de ses héritiers. — Le droit au préciput s'ouvrira en pareil cas lors de la dissolution de la communauté, quelle qu'en soit la cause, sauf toutefois l'application, s'il y a lieu, de la déchéance établie par l'art. 1518, au cas où la communauté se serait dissoute par le divorce ou par la séparation de corps.

b. — *Le préciput a été stipulé sous condition de survie.* Alors le droit au préciput ne s'ouvrira que lorsque la condition de survie sera réalisée. C'est ce que dit l'art. 1517, écrit, comme les autres articles de la section, et bien qu'il ne le dise pas, en vue seulement du préciput stipulé sous condition de survie, parce que c'est le cas le plus usuel : » *La mort naturelle* [*ou civile*] *donne ouverture au préciput* ».

C'est au demandeur qui réclame le préciput de prouver que la condition de survie, qui seule peut y donner ouverture, s'est réalisée. *Actoris est probare.*

Si les deux époux sont morts dans un même événement, et qu'il soit impossible d'établir l'ordre dans lequel les décès se sont produits, la survie de l'époux, du chef duquel le préciput est réclamé, ne pourrait pas être prouvée à l'aide des présomptions écrites dans les art. 720 et suivants; car ces présomptions sont établies en vue du règlement des droits successifs, et, comme toutes les présomptions légales, elles ne sont pas susceptibles d'être étendues d'un cas à un autre. Dans cette hypothèse, celui qui réclame un préciput du chef de l'un des époux, devrait succomber dans sa prétention, faute de pouvoir établir la réalisation de la condition à laquelle son succès est subordonné.

305. La dissolution de la communauté, résultant du divorce, de la séparation de corps ou de la séparation de biens, ne donne pas ouverture au préciput stipulé sous condition de survie. L'art. 1452 le dit, et cela est d'évidence; car, lorsque la communauté se dissout par l'une des trois causes qui viennent d'être indiquées, la condition de survie n'est pas réalisée, et il est impossible de savoir si elle se réalisera.

Mais alors comment les époux vont-ils procéder au règlement de leurs droits respectifs ? L'art. 1518 répond : « *Lorsque la dissolution de* » *la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, il* » *n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput ; mais l'époux qui a* » *obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses droits au* » *préciput en cas de survie. Si c'est la femme, la somme ou la chose qui* » *constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge* » *de donner caution* ».

Notons tout d'abord que, lorsque la communauté se dissout par le divorce ou par la séparation de corps, l'époux, contre lequel le divorce ou la séparation est prononcée, perd son droit au préciput. En effet l'article dit que l'époux, qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps, « conserve ses droits au préciput en cas de survie »; donc l'autre époux les perd. C'est là une peine civile, qui frappe l'époux

dont la conduite, ou plutôt l'inconduite, a rendu le divorce ou la séparation de corps nécessaire ; la loi le considère comme ayant encouru une sorte d'indignité.

La déchéance du préciput ne serait pas encourue par le mari, contre lequel la séparation de biens aurait été prononcée. La loi ne parle que de la séparation de corps, et les dispositions qui établissent des déchéances ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre. D'ailleurs la cause qui donne lieu à la séparation de biens n'implique en aucune façon l'indignité du mari, à la différence des causes qui servent de fondement à la séparat on de corps.

306. En supposant que le droit au préciput (sous condition de survie) existe en faveur de l'époux qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps, comment ses droits vont-ils être réglés? L'art. 1518 dit qu'il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput : ce qui va de soi, puisque le droit n'est pas encore ouvert; on ignore même s'il s'ouvrira jamais, la condition de survie pouvant ne pas se réaliser au profit de l'époux préciputaire. Alors que fera-t-on? Il faudra procéder provisoirement comme si aucun préciput n'avait été stipulé, sauf règlement ultérieur des droits de l'époux préciputaire, si la condition de survie se réalise. Telle est la règle qu'on peut induire de l'art. 1518.

Cela posé, de deux choses l'une : la femme renonce à la communauté, ou elle l'accepte.

307. *a. — La femme renonce à la communauté.* Dans les cas ordinaires, cela simplifiera beaucoup la situation. En effet la femme renonçante perd son droit au préciput (art. 1515), et sa renonciation fait aussi évanouir celui qui aurait été stipulé au profit du mari (*supra* n. 302). Il n'y aura donc plus en règle générale à se préoccuper du préciput dans le règlement des droits respectifs des époux.

Cependant il se peut qu'un préciput ait été stipulé au profit de la femme survivante, « même en renonçant » (art. 1515). Dans cette hypothèse, la renonciation de la femme, qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps, ne l'empêche pas de conserver son droit au préciput pour le cas où elle survivrait à son mari. Aussi l'art. 1518 décide-t-il, appliquant la règle que nous avons formulée tout à l'heure, que le préciput tout entier restera provisoirement au mari, avec la communauté dont il fait partie, sauf à ses héritiers à payer à la femme les sommes ou valeurs comprises dans son préciput, si la condition de survie, à laquelle est subordonnée son ouverture, se réalise. Et, comme il serait imprudent de n'accorder aucune garantie à la femme pour assurer, le cas échéant, le paiement de son préciput, d'autant plus que sa renonciation fait supposer le mauvais état des affaires de la communauté et par suite du mari, la loi décide que le mari sera tenu de donner caution. La caution pourrait être remplacée par une garantie équivalente, telle qu'une hypothèque.

308. *b. — La femme accepte la communauté.* Alors il faudra partager la communauté comme on le ferait si aucun préciput n'avait été stipulé, sauf règlement ultérieur des droits de l'époux au profit duquel le préciput viendrait à s'ouvrir par la réalisation de la condition de survie. Exemple : La femme a stipulé un préciput de 20,000 fr. pour le cas où elle survivrait à son mari; le divorce ou la séparation de corps est prononcée contre le mari; on liquide la communauté, et l'actif net à partager s'élève à 50,000 fr. Le mari prendra 25,000 fr. et la femme pareille somme; puis, si la femme survit, les héritiers du mari lui paieront 10,000 fr., somme égale

à la moitié du préciput ; car le préciput n'est payable que sur la masse partageable, et la femme en a déjà reçu la moitié en partageant cette masse.

La solution qui vient d'être donnée paraît au premier abord contraire à l'art. 1518 *in fine,* ainsi conçu : « Si c'est la femme, la somme ou la chose qui constitue le pré» ciput *reste toujours provisoirement au mari,* à la charge de donner caution ». Il semble que, pour respecter cette disposition, il faudrait, dans l'espèce qui vient d'être proposée, commencer par prélever sur la masse le montant du préciput, soit 20,000 fr., que l'on attribuerait provisoirement au mari, puis partager le surplus, soit 30,000 fr,, entre le mari et la femme ; de sorte que finalement le mari prendrait 35,000 fr. et la femme 15,000 fr., sauf aux héritiers du mari à payer 20,000 fr. à la femme en cas de survie. Mais il est impossible d'admettre que le législateur ait entendu consacrer un pareil résultat qui conduit à une révoltante iniquité. Comment ! si aucun préciput n'avait été stipulé au profit de la femme, elle obtiendrait dans le partage de la communauté 25,000 fr. ; et, parce qu'elle a stipulé un préciput en cas de survie, elle n'aurait droit provisoirement qu'à 15,000 fr. ! L'équité la plus vulgaire proteste contre ce résultat; elle exige que la femme obtienne provisoirement dans le partage de la communauté ce à quoi elle a droit à toute éventualité ; or, dans l'hypothèse la plus défavorable pour la femme, qui est celle où son préciput deviendra caduc par son prédécès, il lui revient la moitié de la communauté ; donc on ne peut pas lui donner moins que cette moitié.

Mais comment concilier cette solution avec le texte de l'art. 1518 ? C'est facile. Quand la loi dit que « le *préciput* reste toujours provisoirement au mari », elle entend vraisemblablement parler de l'avantage, du bénéfice résultant du préciput ; or cet avantage est de la totalité du préciput quand la femme renonce à la communauté, puisqu'alors le préciput se paie sur des biens auxquels la femme n'a aucun droit; mais il n'est en réalité que de la moitié quand la femme accepte la communauté, car dans ce cas le préciput doit être payé avec des valeurs dont la femme est propriétaire pour la moitié. C'est ce qui apparaît dans l'espèce sur laquelle nous raisonnions tout à l'heure, où l'on voit que, lorsque le préciput stipulé au profit de la femme devient caduc, elle reçoit 25,000 fr., tandis qu'elle en reçoit 35,000 si le préciput s'ouvre par la réalisation de la condition de survie. L'avantage résultant pour la femme de son préciput de 20,000 fr., n'est donc en définitive que de 10,000 fr. quand elle accepte. Eh bien ! c'est cet avantage que la loi permet au mari de conserver provisoirement, sauf restitution à la femme le cas échéant. Avec cette interprétation, il n'est nullement nécessaire d'admettre, comme le font certains auteurs, que l'art. 1518 *in fine* n'a été écrit qu'en vue du cas où la femme, ayant stipulé le préciput même en renonçant, renonce effectivement à la communauté, et que par suite, le cas où la femme accepte la communauté étant resté en dehors des prévisions de la loi, le mari dans cette hypothèse ne pourrait pas être tenu de fournir caution pour la portion du préciput qu'il conserve et qu'il doit éventuellement restituer, l'obligation de fournir caution ne pouvant pas être étendue d'un cas à un autre. Il serait singulier tout d'abord que la loi eût justement omis de prévoir le cas qui se présente le plus ordinairement, celui de l'acceptation de la femme. Puis aucune expression de l'art. 1518 ne fait soupçonner la limitation qu'on veut y introduire, et que rien d'ailleurs ne justifierait.

309. Mais le principe qu'un débiteur ne peut pas être tenu de fournir caution, en l'absence d'une convention, d'une loi ou d'un jugement qui l'y oblige, devrait recevoir son application au cas où, la séparation de corps ayant été prononcée contre la femme, celle-ci aurait reçu par le partage fait à la suite de son acceptation la moitié de la communauté, et se trouverait éventuellement débitrice envers le mari, préciputaire sous condition de survie, de la moitié du préciput. La femme ne pourrait pas être tenue de fournir caution pour la restitution de cette moitié le cas échéant ; car

nulle loi ne l'y oblige. C'est une imprévoyance du législateur, qui, habitué à ne protéger que la femme, n'a pas songé au mari.

* **310.** L'art. 1518 ne prévoit pas le cas où, l'un des époux ayant droit à un préciput s'il survit, la communauté se dissoudrait par la séparation de biens. Il faudrait appliquer par analogie tout ce qui vient d'être dit pour le cas de divorce ou de séparation de corps, en ce qui concerne le règlement des droits de l'époux préciputaire. Il y a toutefois quelque doute en ce qui concerne l'obligation pour le mari de donner caution. La plupart des auteurs décident que le mari n'est pas tenu de fournir cette garantie, la loi ne l'exigeant de lui qu'au cas de divorce ou de séparation de corps. S'il en est ainsi, il faut convenir que le législateur s'est rendu coupable d'une grande imprévoyance, en refusant à la femme le droit d'exiger la caution précisément dans le cas où elle en a le plus besoin, la séparation de biens, faisant supposer le mauvais état des affaires de la communauté et par suite de celles du mari, à la différence du divorce ou de la séparation de corps. Il y avait évidemment une raison *a fortiori* pour permettre à la femme d'exiger la caution dans cette hypothèse — Ne pourrait-on pas dire que le législateur prévoit implicitement dans l'art. 1518 le cas de séparation de biens, puisque la séparation de corps entraîne toujours la séparation de biens? Peut-être pour ce motif a-t-il jugé inutile de s'expliquer sur ce point.

SECTION VII

DES CLAUSES PAR LESQUELLES ON ASSIGNE A CHACUN DES ÉPOUX DES PARTS INÉGALES DANS LA COMMUNAUTÉ

311. De droit commun, la communauté se partage par moitié entre les époux ou leurs représentants (art. 1474). Mais ce n'est pas là une règle d'ordre public; la loi permet aux parties d'y déroger. « *Les » époux* », dit l'art. 1520, « *peuvent déroger au partage égal établi par la » loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la » communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant » qu'une somme fixe pour tout droit de communauté, soit en stipulant que » la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survi- » vant, ou à l'un d'eux seulement* ».

= *A l'époux survivant ou à ses héritiers.* On a voulu dire évidemment : *à l'époux survivant ou aux héritiers du prédécédé.*

Les articles qui suivent ne font que développer le programme contenu dans celui que nous venons de transcrire. La loi va nous parler successivement de l'attribution aux époux de parts inégales dans la communauté (art. 1521), du forfait de communauté (art. 1522 à 1524) et enfin de l'attribution de toute la communauté à l'un des époux (art. 1525). Nous allons la suivre dans ces développements.

Observons auparavant que les dérogations annoncées par l'art. 1520 ne sont pas les seules que les époux puissent faire subir à la règle du partage égal; les termes mêmes dont la loi se sert prouvent que sa disposition n'a rien de limitatif. Notamment on pourrait convenir que le partage s'opèrera par l'attribution des immeubles de la communauté à l'un des époux, et des meubles à l'autre; on l'a contesté à tort.

I. *Attribution aux époux de parts inégales dans la communauté.*

312. Cette clause est susceptible d'assez nombreuses modalités. Voici les principales :

1° *Attribution à chacun des époux d'une part inégale dans la communauté, sans aucune condition de survie.* Exemple : Le mari aura droit aux deux tiers de la communauté, la femme au tiers.

2° *Attribution au survivant des époux d'une part plus forte (ou plus faible) que la moitié.* Exemple : Le survivant des époux aura droit aux trois quarts de la communauté.

3° *Attribution d'une part plus forte (ou plus faible) que la moitié à tel époux s'il survit.* Exemple : La femme, *si elle survit,* aura droit aux trois quarts de la communauté. Dans ce cas, si la condition de survie ne se réalise pas, il y aura lieu au partage par moitié.

Souvent l'attribution d'une part plus forte que la moitié au survivant, ou à tel époux s'il survit, est subordonnée à la condition qu'il n'y aura pas d'enfant du mariage.

313. Toutes les fois que le contrat de mariage attribue directement aux époux des parts inégales dans la communauté, la loi veut, à peine de nullité de la convention, que la répartition du passif suive exactement celle de l'actif. « *Lorsqu'il a été stipulé que l'époux ou ses héritiers* » *n'auront qu'une certaine part dans la communauté, comme le tiers ou* » *le quart, l'époux ainsi réduit ou ses héritiers ne supportent les dettes de* » *la communauté que proportionnellement à la part qu'ils prennent dans* » *l'actif. — La convention est nulle si elle oblige l'époux ainsi réduit ou* » *ses héritiers à supporter une plus forte part, ou si elle les dispense de* » *supporter une part dans les dettes égale à celle qu'ils prennent dans* » *l'actif* » (art. 1521).

Ainsi on peut valablement convenir que le mari aura droit aux trois quarts de la communauté et la femme au quart, sans rien ajouter de plus, et alors le passif de la communauté se répartira dans la même proportion que l'actif : trois quarts à la charge du mari, un quart à la charge de la femme. Mais, si les époux ont stipulé que le passif se répartirait dans d'autres proportions, si par exemple il a été dit que le mari prendrait les trois quarts de l'actif et supporterait seulement la moitié du passif, la convention est nulle, sans doute parce qu'elle pourait être la source de fraudes ou d'avantages indirects. On en revient donc au droit commun, à la règle du partage par moitié.

C'était la solution admise par Pothier, et l'art. 1521 al. 2 a très certainement entendu la consacrer ; car il annule la *convention* par laquelle les époux ont dérogé à la règle du partage égal, et non pas seulement la partie de cette convention relative à la répartition du passif. La solution contraire, proposée par quelques auteurs, n'a même pas le mérite d'être conforme à l'intention probable des parties ; car elle leur fait une situation toute différente de celle qu'elles ont voulue.

314. Lorsque l'attribution de parts inégales dans la communauté est faite sous condition de survie, qu'arrivera-t-il si la communauté se dissout par le divorce ou par la séparation soit de corps, soit de biens ? La loi n'a pas prévu cette hypothèse ; mais les principes généraux suffisent pour la résoudre. Le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens ne donne pas ouverture aux droits de survie (art. 1452) ; par conséquent l'époux, auquel la part la plus forte a été attribuée sous condition de survie, ne peut pas réclamer cette part tant que la condition n'est pas réalisée. Il faudra donc procéder provisoirement au partage égal de la communauté, sauf règlement ultérieur des droits des époux si la condition de survie se réalise. L'époux, qui peut avoir éventuellement le droit de réclamer une part plus forte que la moitié, n'a pas le droit d'exiger une caution de l'autre.

II. *Du forfait de communauté.*

315. On peut convenir que l'un des époux ne pourra réclamer qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, dire par exemple : « Le mari gardera toute la communauté en payant 20,000 fr. à la femme ou à ses héritiers ». En vertu de cette clause, les droits de l'un des époux dans la communauté sont évalués *à forfait* à la somme convenue, que la communauté soit bonne ou mauvaise, et c'est pourquoi la clause reçoit le nom de *forfait de communauté*. C'est ce que dit l'art. 1522 : « *Lorsqu'il est stipulé que l'un des époux ou ses héritiers ne » pourront prétendre qu'une certaine somme pour tout droit de commu- » nauté, la clause est un forfait qui oblige l'autre époux ou ses héritiers » à payer la somme convenue, soit que la communauté soit bonne ou » mauvaise, suffisante ou non pour acquitter la somme* ».

Le forfait de communauté peut être stipulé sous telle condition qu'il plaît aux époux, et notamment sous une condition de survie ou de prédécès. Ainsi on peut dire : Le survivant des époux, — ou : Tel époux s'il survit, — ou : Les héritiers de l'époux prédécédé, — ou : Les héritiers de tel époux s'il prédécède — ne pourront réclamer qu'une somme de 20,000 fr. pour tout droit de communauté.

« *Si la clause n'établit le forfait qu'à l'égard des héritiers de l'époux, celui-ci dans le cas où il survit, a droit au partage légal par moitié* » (art. 1523). Ainsi, le contrat de mariage portant : « Les héritiers de la femme, au cas de prédécès de celle-ci, ne pourront réclamer qu'une somme de 20,000 fr. pour tout droit de communauté », la femme, si elle survit, aura droit au partage par moitié.

316. Effets de la clause de forfait de communauté. — Ils varient, suivant que la clause concerne le mari ou la femme.

a. — Si ce sont les droits de la femme qui ont été évalués à forfait, la situation est la même, une fois la communauté dissoute, que si la femme avait renoncé à la communauté, sauf que le mari doit payer la somme convenue. Le contrat de mariage contient dans cette hypothèse une renonciation anticipée de la femme à la communauté, renonciation dont elle stipule le prix. L'art. 1524 al. 1 ne fait que déduire une conséquence de ce principe : « *Le mari ou ses héritiers qui retien- » nent, en vertu de la clause énoncée en l'article* 1520, *la totalité de la » communauté, sont obligés d'en acquitter toutes les dettes* ». Par consé-

quent la femme est déchargée de toute contribution aux dettes à l'égard de son mari. En un mot, dans les rapports des époux l'un avec l'autre, les dettes de la communauté doivent être supportées pour le tout par le mari.

Examinons maintenant la situation des époux à l'égard des créanciers (obligation aux dettes). Le mari ou ses héritiers pourront être poursuivis pour la totalité des dettes de la communauté, même de celles provenant du chef de la femme. Les créanciers peuvent invoquer la convention matrimoniale, qui met toutes les dettes de la communauté indistinctement à la charge du mari. Quant à la femme, elle demeure tenue envers les créanciers, à raison des dettes tombées dans la communauté de son propre chef; car la clause de forfait ne peut la soustraire à l'obligation personnelle dont elle est tenue. Bien entendu, si la femme paie, elle aura un recours contre son mari pour se faire rembourser. Mais elle échappe à toute poursuite à raison des dettes tombées dans la communauté du chef de son mari. C'est uniquement à cette hypothèse que doit être appliquée la disposition de l'alinéa 2 de l'art. 1524, ainsi conçue : « *Les créanciers n'ont, en ce cas, aucune action contre la femme ni contre ses* » *héritiers* ».

b. — Si ce sont au contraire les droits du mari qui ont été évalués à forfait, s'il a été dit par exemple : « Le mari ne pourra réclamer qu'une somme de 20,000 fr. pour tout droit de communauté », cette clause ne porte nulle atteinte au droit d'option qui appartient à la femme d'après les règles du droit commun. L'art. 1524 al. 3 dit en effet : « *Si c'est la femme survivante qui a, moyennant une somme convenue, le* » *droit de retenir toute la communauté contre les héritiers du mari, elle* » *a le choix ou de leur payer cette somme, en demeurant obligée à toutes* » *les dettes, ou de renoncer à la communauté, et d'en abandonner aux* » *héritiers du mari les biens et les charges* ».

Ainsi la femme renonce-t-elle? la communauté tout entière reste au mari, qui en supporte toutes les charges; la femme dans ce cas n'est pas obligée de payer la somme convenue, car cette somme représente le prix moyennant lequel elle avait le droit de garder toute la communauté. La femme au contraire accepte-t-elle? toute la communauté lui reste, actif et passif, sous l'obligation de payer la somme convenue; le mari demeure tenu envers les créanciers du paiement des dettes tombées dans la communauté de son chef, mais sauf son recours contre la femme qui doit supporter en définitive tout le passif.

III. *Clause qui attribue toute la communauté au survivant des deux conjoints ou à tel époux s'il survit.*

317. Aux termes de l'art. 1525 al. 1 : « *Il est permis aux époux de* » *stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou* » *à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise* » *des apports et capitaux tombés dans la communauté, du chef de leur* » *auteur* ».

Ainsi, lorsque toute la communauté revient à l'un des époux en vertu de la clause qui nous occupe, les héritiers de l'autre époux n'ont que le droit de reprendre les apports de leur auteur. Mais ils ont le droit

de reprendre tous ces apports, par conséquent tous les biens qui sont tombés du chef de leur auteur dans la communauté, soit lors du mariage, soit même pendant son cours, par exemple à titre de succession.

Ce point ne saurait faire de doute. En effet, les mots *et capitaux,* qui ne figuraient pas dans la rédaction primitive de l'art. 1525, y ont été ajoutés sur la demande du tribunat, afin qu'il fût bien entendu que le droit de reprise des héritiers de l'époux prédécédé s'étend aux biens tombés dans la communauté du chef de leur auteur pendant le mariage.

Tous les autres biens de la communauté appartiennent à l'époux appelé à bénéficier de la clause. Bien entendu, cet époux doit supporter toutes les dettes de la communauté, même celles qui y sont tombées du chef de son conjoint ; et, si les héritiers de celui-ci étaient obligés de les payer, ils auraient une action pour se faire rembourser.

Toutefois, les héritiers de l'époux prédécédé doivent supporter les dettes correspondant aux biens qu'ils reprennent. Ainsi, reprenant les biens apportés par leur auteur lors du mariage, ils doivent supporter les dettes mobilières, dont cet auteur était alors grevé et qui sont tombées dans la communauté de son chef comme conséquence de son apport. De même, reprenant les biens dépendant d'une succession mobilière échue à leur auteur pendant le mariage, ils doivent déduire du montant de leur reprise les dettes de cette succession, que la communauté aurait acquittées.

En résumé, les héritiers de l'époux prédécédé retirent de la communauté tous les biens qui y sont tombés du chef de leur auteur soit lors du mariage, soit pendant, et supportent les dettes correspondant à ces biens; tout le reste de la communauté, actif et passif, va à l'époux survivant. On le voit, la clause dont il s'agit revient à attribuer à l'époux qui est appelé à en bénéficier la totalité des acquêts, et par suite tous les bénéfices réalisés pendant la durée de la communauté, stipulation qui ne serait pas permise dans une société ordinaire (art. 1855).

318. Quelque considérable que puisse être l'avantage retiré par l'un des époux de la clause qui nous occupe, la loi n'y voit pas une donation. « *Cette stipulation* », dit l'art. 1525 al. 2, « *n'est point réputée un* » *avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond,* » *soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et* » *entre associés* ». Cpr. Cass., 20 avril 1880, Sir., 81. 1. 70.

La réduction de l'avantage, procuré à l'époux survivant, ne pourrait donc être demandée que par les enfants d'un premier lit de l'époux prédécédé, non par ses autres héritiers réservataires. Arg. art. 1527.

319. La femme survivante, appelée à recueillir la totalité de la com-

munauté, n'en conserve pas moins le droit, qui lui appartient en toute hypothèse, de renoncer à la communauté. Cette faculté peut lui être précieuse, au cas où le passif de la communauté dépasserait son actif.

* **320.** On pourrait convenir, bien que cette hypothèse soit demeurée en dehors des prévisions de la loi, qui suppose la stipulation faite sous condition de survie, que la totalité de la communauté appartiendra à tel époux, qu'il survive ou qu'il prédécède. Si cette stipulation est faite au profit du mari, elle se confond avec le régime d'exclusion de communauté.

Les époux pourraient aussi convenir que toute la communauté appartiendra au survivant, *y compris les biens tombés dans la communauté du chef de l'autre époux.* Mais cette stipulation, qui est en dehors des prévisions de l'art. 1525, devrait être considérée comme une donation, faite au survivant par le prédécédé, du montant de ses apports, donation qui serait réductible, sur la demande, non seulement des enfants du premier lit de l'époux prédécédé, mais de tous autres héritiers réservataires venant à sa succession.

SECTION VIII

DE LA COMMUNAUTÉ A TITRE UNIVERSEL

321. Aux termes de l'art. 1526 : « *Les époux peuvent établir par leur* » *contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant* » *meubles qu'immeubles, présents et à venir, ou de tous leurs biens pré-* » *sents seulement, ou de tous leurs biens à venir seulement* ».

La loi comprend ici, indifféremment, sous la dénomination de *communauté à titre universel* (voyez la rubrique) ou sous celle de *communauté universelle* (art. 1526) les trois clauses suivantes.

1° *Clause établissant entre les époux une communauté universelle de tous leurs biens, tant immeubles que meubles, présents et à venir.* — C'est la communauté la plus étendue qu'il soit possible de stipuler, puisque les deux époux y font entrer tous leurs biens sans distinction. Une société ordinaire ne pourrait pas recevoir une aussi grande extension. V. art. 1837.

Sous le régime de la communauté universelle de tous biens présents et à venir, toutes les dettes des époux, sans distinction, mobilières ou immobilières, présentes ou futures, tombent dans la communauté, puisque les époux mettent en commun tous leurs biens.

Il n'est pas impossible que les époux qui ont stipulé ce régime aient des biens propres : par exemple ceux qui leur seraient donnés ou légués sous la condition de ne pas tomber en communauté. Naturellement, les dettes correspondant à ces biens ne seraient pas à la charge de la communauté.

Si les deux époux ont ameubli l'un et l'autre l'universalité de leurs immeubles présents et à venir, cette stipulation équivaut à celle de la communauté universelle.

2° *Clause par laquelle les époux mettent en communauté tous leurs biens présents.* — Il est certain que cette clause ne fait pas tomber dans la communauté les *immeubles* à venir. Quant aux *meubles* à venir, il y a quelque doute. On peut soutenir que les époux, en déclarant qu'ils font entrer dans la communauté tous leurs biens présents, ont entendu en exclure tous leurs biens à venir, même les meubles. Telle pourra être en effet dans plusieurs cas leur volonté, et cette interprétation devra être admise toutes les fois qu'elle sera favorisée par les termes du contrat, comme il arriverait par exemple si les époux ont dit qu'ils font entrer en commu-

nauté tous leurs biens présents *seulement,* ainsi que le suppose l'art. 1526. Dans le doute, il faudrait, ce semble, décider que les meubles futurs des époux tomberont dans la communauté, car tel est le droit commun (art. 1401), et il doit s'appliquer quand il n'est pas certain que les parties ont voulu y déroger.

Sous ce régime, toutes les dettes présentes des époux tombent dans la communauté, même les dettes immobilières. Quant à leurs dettes futures, elles resteront soumises au droit commun, en supposant que les parties n'aient pas dérogé à ce même droit commun pour leurs biens futurs.

3° *Clause qui fait entrer dans la communauté tous les biens à venir des époux seulement.* — Ici encore il peut y avoir doute en ce qui concerne les meubles présents. Peut-être les époux ont-ils entendu se les réserver propres; peut-être ont-ils voulu les laisser tomber dans la communauté conformément au droit commun. Dans le doute, c'est cette dernière solution qu'il conviendrait d'admettre. En supposant qu'on l'applique, on voit que la communauté universelle de biens à venir comprend de plus que la communauté légale, en actif les immeubles futurs des époux, et en passif les dettes correspondant à ces immeubles. Pour le surplus, les règles de la communauté légale demeurent applicables.

322. Les trois clauses dont il vient d'être parlé, dérogeant à la communauté légale qui forme le droit commun, devraient, dans le doute, être interprétées restrictivement. Ainsi, quand les époux auront déclaré mettre tous leurs biens en communauté, et qu'il y aura doute sur le point de savoir s'ils ont entendu parler de leurs biens présents et à venir tout à la fois ou de leurs biens présents seulement, la clause sera considérée comme ne comprenant que les biens présents.

On appliquerait au surplus les règles du droit commun, en ce qui concerne les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté (art. 1421 et s.) et sur les biens personnels de la femme (art. 1428 et s.), de même qu'en ce qui concerne la dissolution de la communauté et le partage.

La femme qui renonce à la communauté perdrait ici, comme sous le régime de la communauté légale, toute espèce de droit sur les biens de la communauté, même sur ceux qui y sont entrés de son chef (arg. art. 1492), à moins qu'elle n'en eût stipulé la reprise au cas de renonciation.

On admet par argument de l'art. 1509 que l'époux, du chef duquel un immeuble est tombé dans la communauté en vertu de l'une des clauses ci-dessus, est autorisé à le reprendre lors du partage en le précomptant sur sa part pour le prix qu'il vaut alors. La communauté universelle ou à titre universel équivaut en effet à un ameublissement plus ou moins étendu.

323. Observation.— Nous avons épuisé la liste des diverses clauses modificatives de la communauté légale, que le législateur a prévues et réglées. Ce sont les plus usuelles, mais non les seules qui puissent être stipulées; les dispositions de la loi n'ont rien de limitatif à cet égard. L'art. 1497 l'a déjà dit, et l'art. 1527 le répète en ces termes : « *Ce qui est dit aux huit sections ci-dessus, ne limite pas à leurs disposi-* » *tions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conven-* » *tionnelle. — Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi* » *qu'il est dit à l'art.* 1387, *et sauf les modifications portées par les arti-* » *cles* 1388, 1389 *et* 1390 ».

L'art. 1528 ajoute : « *La communauté conventionnelle reste soumise* » *aux règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il n'y a* » *pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat* ».

Appendice. Dispositions relatives à la communauté légale et à la communauté conventionnelle, quand les époux ou l'un d'eux ont des enfants d'un précédent mariage.

324. Nous réunissons sous cette rubrique les dispositions des art. 1496 et 1527 al. 3, relatifs le premier à la communauté légale, le deuxième, à la communauté conventionnelle. Ces textes sont ainsi conçus :

Art. 1496. *Tout ce qui est dit ci-dessus, sera observé même lorsque l'un des époux ou tous deux auront des enfants de précédents mariages. — Si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article* 1098, *au titre* des Donations entre-vifs et des Testaments, *les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement.*

Art. 1527 al. 3. — *Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article* 1098, *au titre* des Donations entre-vifs et des Testaments, *sera sans effet pour tout l'excédant de cette portion; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage, fait au préjudice des enfants du premier lit.*

L'adoption du régime de la communauté soit légale, soit conventionnelle, peut avoir pour résultat de procurer à l'un des époux un avantage considérable au détriment de l'autre. Exemple : Un homme qui a 100,000 fr. de dettes mobilières et ne possède aucun actif mobilier, épouse une femme qui a 200,000 fr. de biens mobiliers sans aucune dette. L'adoption du régime de la communauté légale produira dans l'espèce les résultats suivants : les biens de la femme serviront jusqu'à due concurrence à payer les dettes du mari, et le surplus, soit 100,000 fr., se partagera, lors de la dissolution de l'association conjugale, entre les époux ou leurs représentants. La femme retirera donc 50,000 fr. de la communauté, où elle en a versé 200,000; la différence aura été gagnée par le mari.

De même, on comprend facilement qu'une clause d'ameublissement, la stipulation d'un préciput, l'établissement de la communauté universelle puissent avoir pour résultat de faire passer à l'un des conjoints une partie de la fortune de l'autre.

Les divers avantages, que l'un des époux procure ainsi à l'autre, seront-ils considérés comme des donations, et réductibles par suite à la quotité disponible, sur la demande des héritiers réservataires du disposant? Non, en principe. La loi considère les conventions matri-

moniales des époux comme constituant dans leur ensemble un contrat à titre onéreux, sans distinction entre celles qu'ils acceptent tacitement quand ils se marient sans contrat (art. 1496) et celles qu'ils stipulent expressément quand ils font un contrat de mariage (art. 1527). L'avantage, que ces conventions procurent à l'un des époux, est donc assimilé à un avantage résultant d'un contrat à titre onéreux; et par suite les héritiers réservataires de l'époux qui a fait cet avantage n'ont pas le droit d'en demander la réduction, quelque considérable qu'il soit.

Telle est la règle. Son application aux enfants du mariage est sans danger. Que leur importe que l'un des époux ait avantagé l'autre? Ne sont-ils pas héritiers de tous les deux, et ne retrouveront-ils pas par suite dans la succession du second ce qu'ils pourront perdre dans la succession du premier?

Au contraire, l'application de la règle au cas où l'un des époux a des enfants d'un précédent mariage eût été souvent désastreuse pour ces enfants; car, n'étant pas héritiers du nouveau conjoint de leur auteur, ils ne peuvent espérer retrouver dans la succession de ce conjoint ce qu'ils perdraient dans la succession de leur auteur par le résultat des conventions matrimoniales. Aussi les art. 1496 et 1527 al. 3 décident-ils que les enfants du premier lit pourront demander la réduction de l'avantage procuré au nouveau conjoint, si cet avantage dépasse la quotité fixée par l'art. 1098. Il y a donc alors dérogation à la règle que l'avantage, résultant pour l'un des époux de l'adoption du régime de la communauté légale ou de la communauté conventionnelle, n'est pas considéré comme une donation. Il le fallait bien! Autrement le législateur, après avoir écrit dans l'art. 1098 une règle protectrice des intérêts des enfants du premier lit, en établissant à leur profit une réserve spéciale à l'égard du nouveau conjoint, aurait fourni aux époux un moyen bien facile de l'éluder; il aurait détruit d'une main ce qu'il venait d'édifier de l'autre. Toutefois, les enfants du premier lit ne peuvent en aucun cas critiquer les avantages résultant, pour le nouveau conjoint de leur auteur, des économies faites sur les revenus ,ou sur les bénéfices produits par les travaux communs. L'art. 1527 le dit formellement, et cela est sous-entendu dans l'art. 1496. La raison en est que les revenus sont destinés à être dépensés, et les enfants du premier lit ne devaient pas espérer les retrouver dans la succession de leur auteur.

325. L'action en réduction dont il vient d'être parlé ne peut prendre naissance que dans la personne des enfants du premier lit. Elle s'évanouit donc, s'ils meurent tous avant leur auteur, ou si, lui ayant survécu, ils renoncent à sa succession ou en sont écartés comme indignes. Mais l'action en réduction intentée par les enfants du premier lit, pro-

fiterait à ceux issus de la nouvelle union (arg. art. 745), et nous avons même enseigné que ces derniers pourraient intenter l'action, une fois qu'elle s'est ouverte dans la personne des enfants du premier lit (t. II n. 776).

SECTION IX

DES CONVENTIONS EXCLUSIVES DE LA COMMUNAUTÉ

326. Il y a trois régimes exclusifs de la communauté, savoir : le régime de non communauté, le régime de séparation de biens et le régime dotal. Les deux premiers, ainsi que nous l'avons expliqué, *supra* n. 33, ont un lien historique avec le régime de la communauté, en ce qu'ils étaient pratiqués dans les pays de droit coutumier, dits *pays de communauté* parce que la communauté y était le régime le plus usité ; il formait le droit commun de ces pays. C'est pour cela que le législateur leur a donné place dans le chapitre II, intitulé *Du régime en communauté,* dont ils forment la section IX. Il a réservé un chapitre spécial, le chapitre III, pour le régime dotal, à peu près exclusivement pratiqué dans les pays *de dotalité* ou pays de droit écrit.

Aux termes de l'art. 1529 : « *Lorsque, sans se soumettre au régime* » *dotal, les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils* » *seront séparés de biens, les effets de cette stipulation sont réglés comme* » *il suit* ».

La section est divisée en deux paragraphes, consacrés, l'un au régime de non communauté, l'autre au régime de séparation de biens.

§ I. *De la clause portant que les époux se marient sans communauté.*

327. Le régime dont il va être traité porte indifféremment les noms de *régime sans communauté, régime de non communauté,* ou *régime d'exclusion de communauté.* L'adoption de ce régime exige une stipulation formelle. Mais peu importent d'ailleurs les termes employés, pourvu qu'ils manifestent clairement la volonté des parties. Ainsi les époux peuvent dire qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils excluent la communauté.

Le régime de non communauté est peu usité. On ne doit pas s'en étonner. Il n'est guère en harmonie avec la nature du mariage, qui, établissant une société de personnes, semble devoir établir aussi une société de biens entre les époux. D'un autre côté, la femme étant exclue de toute participation aux économies réalisées, qui appartiennent pour le tout au mari, celui-ci sera naturellement porté à être trop économe et la femme à l'être trop peu : de là des tiraillements inévitables.

328. Le code civil règlemente d'une manière assez sommaire le régime de non communauté ; des emprunts sont nécessaires pour compléter ses dispositions. Mais

à quel régime doivent-ils être faits? au régime de la communauté, ou au régime dotal? A première vue, on incline vers le régime dotal, qui présente avec le régime de non communauté ce puissant trait d'union qu'il exclut, lui aussi, la communauté. Avec un peu de réflexion, l'opinion contraire ne tarde pas à paraître préférable. En effet, d'une part, la place même qui a été assignée au régime d'exclusion de communauté, dont il est traité dans le chapitre consacré à la communauté, témoigne que le législateur entend maintenir entre les deux régimes le lien de filiation qui leur est assigné par leur commune origine. D'autre part, la communauté légale est le régime de droit commun, et le régime dotal un régime d'exception; or dans le doute c'est le droit commun qui doit être appliqué, et non le droit d'exception.

329. Avant d'entrer dans les détails, il convient d'esquisser à grands traits la physionomie du régime de non communauté. Cette esquisse nous fournira en même temps le plan des développements qui vont suivre : 1° il n'y a pas de communauté entre les époux; 2° chaque époux conserve propres tous ses biens présents et futurs, et a le droit d'en exercer la reprise lors de la dissolution de l'association conjugale; 3° les dettes de chaque époux restent à sa charge personnelle; 4° le mari est administrateur et usufruitier de tous les biens de la femme, sous l'obligation de supporter toutes les charges du mariage; 5° toutes les économies que le mari réalise lui appartiennent; 6° les biens de la femme sont aliénables.

330. I. Il n'y a pas de communauté entre les époux. — Ce caractère est commun au régime de non communauté, au régime de séparation de biens et au régime dotal.

331. II. Chaque époux conserve propres tous ses biens présents et tous ses biens futurs. — De là il résulte que la femme a le droit, lors de la dissolution de l'association conjugale, de reprendre tout ce qu'elle a apporté. Ses reprises une fois effectuées, ce qui reste appartient au mari. Sur le point de savoir comment la femme justifiera des apports dont elle prétend effectuer la reprise, appliquez par analogie ce qui a été dit au sujet de la communauté d'acquêts (*supra* n. 257).

En principe, la femme reprend ses biens en nature; car elle en est demeurée propriétaire. Cette règle, qui s'applique aux biens futurs comme aux biens présents, reçoit exception dans trois cas :

1° Lorsqu'il s'agit de meubles qui se consomment par le premier usage. Le mari devient alors propriétaire en vertu de son droit d'usufruit (arg. art. 587), et ne doit que la restitution en valeur. L'art. 1532 dit à ce sujet : « *Si, dans le mobilier apporté » en dot par la femme, ou qui lui échoit pendant le mariage, il y a des choses dont » on ne peut faire usage sans les consommer, il en doit être joint un état estimatif » au contrat de mariage, ou il doit en être fait inventaire lors de l'échéance, et le » mari en doit rendre le prix d'après l'estimation* ». A défaut d'estimation, le mari devrait rendre des choses de pareille quantité, qualité et valeur. Arg. art. 587.

2° Lorsque les biens de la femme ont été livrés au mari sur une estimation faite avec intention de lui en transférer la propriété. La femme n'a droit alors qu'à la restitution du prix d'estimation. Sur le point de savoir dans quels cas l'estimation vaut vente, voyez *infra*, n. n. 370 et s.

3° Lorsque les biens appartenant à la femme, et dont elle a le droit d'exiger la restitution en nature, ont péri par la faute du mari.

332. III. Les dettes de chaque époux demeurent à sa charge personnelle. C'est

une conséquence du principe que chaque époux conserve propre tout son patrimoine présent et futur, donc aussi ses dettes présentes et futures, qui sont une charge de ce patrimoine. Les créanciers de chaque époux ne pourront par suite s'attaquer qu'aux biens appartenant à leur débiteur, mais du moins à tous ces biens.

* Toutefois, sur ce point, quelques précisions sont nécessaires en ce qui concerne les dettes de la femme. Il est sans difficulté que le paiement de celles qui ne sont pas constatées par un acte ayant date certaine antérieure au mariage ne peut être poursuivi que sur la nue propriété des biens personnels de la femme, l'usufruit du mari étant réservé (arg. art. 1410). Quant aux dettes de la femme qui ont date certaine antérieure au mariage, le paiement peut en être poursuivi sur la pleine propriété de ses biens personnels. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument, soit de l'art. 1410 cité tout à l'heure, soit de l'art. 1510, duquel il résulte que, malgré la clause de séparation des dettes et malgré l'existence d'un inventaire établissant la consistance du mobilier apporté par la femme, les créanciers de celle-ci, pourvu que leur titre ait date certaine antérieure au mariage, ont le droit d'agir sur la pleine propriété des biens personnels de la femme. — On objecte que, les conventions matrimoniales étant opposables aux tiers, les créanciers de la femme doivent respecter le droit d'usufruit que ces conventions confèrent au mari sur tous les biens de leur débitrice. Cet argument, qui aurait de la valeur s'il s'agissait d'un usufruit constitué à titre particulier, n'en a aucune, quand il s'agit, comme dans l'espèce, d'un usufruit universel. Un semblable usufruit ne doit s'exercer que sur les biens déduction faite des dettes (arg. art. 612).

* Mais le mari n'est jamais tenu sur ses biens personnels des dettes de sa femme, même de celles qu'il l'a autorisée à contracter. La décision contraire, que l'art. 1419 donne sous le régime de la communauté, tient à une cause qui n'existe pas sous le régime de non communauté, la confusion entre les biens du mari et ceux de la communauté (*supra* n. 95).

* Il y a toutefois un cas dans lequel les créanciers de la femme pourraient s'attaquer aux biens du mari : c'est celui où le mari aurait laissé les meubles de sa femme se confondre avec les siens, faute d'un inventaire ou d'un état. Les créanciers, qui ne doivent pas souffrir de cette confusion, auraient le droit de poursuivre leur paiement sur tout le mobilier des époux indistinctement.

333. IV. Le mari est administrateur et usufruitier de la fortune de sa femme.

a. — En ce qui concerne l'administration des biens de la femme, l'art. 1530 dit : « *La clause portant que les époux se marient sans communauté, ne donne point à la* » *femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits : ces fruits sont* » *censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage* ». Et l'art. 1531 ajoute : « *Le mari conserve l'administration des biens meubles et immeubles de la* » *femme, et, par suite, le droit de percevoir tout le mobilier qu'elle apporte en dot,* » *ou qui lui échoit pendant le mariage; sauf la restitution qu'il en doit faire après* » *la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée* » *par justice* ».

« Le mari *conserve* l'administration des biens de la femme », dit l'art. 1531. Comment peut-on dire que le mari *conserve* une administration qu'il prend pour la première fois ? En parlant ainsi, le législateur se reportait probablement par la pensée au régime de la communauté. Il a voulu dire : le mari *conserve* sous ce régime l'administration des biens personnels de la femme, qui lui appartient sous le régime de la communauté. C'est une raison de plus, outre celle indiquée au n. 328, pour décider que, sous le régime d'exclusion de communauté, les pouvoirs du mari, comme administrateur des biens de la femme, sont régis par les règles du régime de la communauté (art. 1428 et s.), et non par celles du régime dotal (art. 1549). Notamment le mari n'a pas l'exercice des actions pétitoires de la femme.

b. — En ce qui concerne le droit d'usufruit du mari, la loi s'est à peu près bornée à dire qu'il porte sur tous les biens de la femme (art. 1530), et que « *Le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit* » (art. 1533). Complétons ces dispositions.

Le mari a droit à tous les fruits, de quelque nature qu'ils soient, produits par les biens de la femme. Arg. art. 582. Nous en concluons qu'il peut réclamer les produits du travail ou de l'industrie de la femme, ce travail ou cette industrie nous paraissant être un capital dont les produits sont des fruits. La question toutefois est controversée.

Comment le mari acquiert-il les divers fruits produits par les biens de sa femme? Conformément au principe qui a été posé au n. 328, nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer sur ce point les règles du régime de la communauté, qui sont celles de l'usufruit ordinaire, et non celles du régime dotal. Le mari acquerra donc les fruits naturels et industriels par la perception, et les fruits civils jour par jour (art. 585 et 586). L'art. 1571, d'après lequel tous les fruits indistinctement sont soumis à la règle de l'acquisition jour par jour, est spécial au régime dotal et ne doit pas être étendu au régime d'exclusion de communauté.

Comme usufruitier des biens de la femme, le mari est d'abord soumis aux charges de l'usufruit ordinaire (art. 1533), telles que l'obligation de faire les réparations d'entretien (art. 605), de payer les contributions (art. 608).

Le mari est-il tenu de fournir caution ? Non : ce n'est pas là une charge de l'usufruit, mais une obligation de l'usufruitier; or la loi impose seulement au mari les charges de l'usufruit. Tel était notre ancien droit. Il paraît d'ailleurs contraire à l'esprit de la loi que le mari soit tenu de fournir caution : même sous le régime dotal, qui est un régime de défiance, la loi dispense le mari de cette obligation qui serait blessante pour lui (art. 1550).

En outre, le mari est tenu de subvenir aux charges du mariage. Les revenus de la femme sont spécialement affectés à cette destination (art. 1530).

334. V. Tout ce que le mari économise, après avoir satisfait aux différentes charges dont il vient d'être parlé, lui appartient en propre. La femme n'a aucune part dans ces économies, auxquelles cependant elle contribue souvent par la bonne direction qu'elle donne au ménage et par les ressources que ses revenus lui procurent. La fortune de la femme reste donc stationnaire sous ce régime : du moins elle ne peut s'augmenter que par les successions ou les donations qui lui adviennent, ou par des dons de fortune tels que la découverte d'un trésor.

Cependant, aux termes de l'art. 1534 : « *La clause énoncée au présent paragraphe » ne fait point obstacle à ce qu'il soit convenu que la femme touchera annuellement, » sur ses seules quittances, certaines portions de ses revenus pour son entretien et ses » besoins personnels* ». Les mots qui terminent l'article « pour son entretien et ses besoins personnels » semblent être purement explicatifs, et non limitatifs. La femme, qui réaliserait des économies sur la partie de ses revenus qu'elle s'est réservée pour son entretien et ses besoins personnels, pourrait donc employer ces économies en bonnes œuvres ou autrement, ou bien encore les placer, sans que le mari pût venir se les approprier. La solution contraire, qui est admise par certains auteurs, aurait le grave inconvénient de détourner la femme de l'idée de faire des économies, et de la conduire ainsi à tout dépenser, fût-ce inutilement. Telle ne peut avoir été la pensée du législateur; telle ne peut surtout avoir été la volonté des parties qui ont stipulé la clause, volonté qu'il ne s'agit après tout que d'interpréter.

Quand la femme s'est réservé le droit de toucher sur ses seules quittances certaines portions de ses revenus, elle n'acquiert pas en vertu de cette clause le droit d'administrer les biens produisant ces revenus. Il faudrait, pour que la femme eût ce droit, une stipulation formelle, que la loi ne défend pas, et qui offrirait tout simple-

ment une combinaison du régime de séparation de biens avec le régime d'exclusion de communauté.

335. VI. Enfin, aux termes de l'art. 1535 : « *Les immeubles constitués en dot,* » *dans le cas a „ présent paragraphe, ne sont pas inaliénables. — Néanmoins ils ne* » *peuvent être aliénés sans le consentement du mari, et, à son refus, sans l'autorisa-* » *tion de la justice* ». — L'aliénation, que la femme ferait avec l'autorisation de la justice au refus du mari, ne porterait aucune atteinte au droit d'usufruit du mari. Arg. art. 1426.

Bien que la loi ne parle que des immeubles de la femme, il est clair que ses meubles sont également aliénables.

* Que décider relativement aux acquisitions faites par la femme non commune dûment autorisée? Les biens qu'elle acquiert à titre gratuit lui appartiennent, sauf le droit d'usufruit du mari; cela est sans difficulté. Il en est de même de ceux qu'elle acquiert à titre onéreux soit par échange, soit en remploi de ses biens aliénés, soit à titre d'emploi de deniers à elle appartenant, en exécution d'une clause du contrat de mariage. Il y a quelque doute quant aux biens que la femme achète en dehors de ces hypothèses; nous croyons qu'elle en devient encore propriétaire, sauf toujours le droit d'usufruit du mari; c'est en effet celui qui acquiert qui devient propriétaire. On objecte que, la femme ne pouvant pas avoir de deniers à elle appartenant, puisque tous ceux qui proviennent de son chef deviennent la propriété du mari en vertu de son droit d'usufruit (arg. art. 587), l'acquisition faite par la femme a nécessairement été payée avec les deniers du mari, et que le bien acquis doit par suite devenir la propriété de celui-ci. — Mais d'abord la femme peut avoir emprunté à un tiers les fonds qu'elle a employés à l'acquisition, auquel cas il est insoutenable que l'acquisition puisse profiter au mari. Peut-être aussi ces fonds proviennent-ils d'économies faites par la femme sur les revenus qu'elle s'est réservé le droit de toucher, économies qui lui appartiennent (*supra* n. 334). En supposant même que les sommes employées à l'acquisition aient été fournies par le mari, en résulterait-il qu'il devînt propriétaire du bien acquis? Nullement; car, encore une fois, c'est celui qui acquiert qui devient propriétaire, et non celui qui paie ou qui fournit les fonds destinés au paiement. Il y aurait seulement à examiner, en pareil cas, quelles sont les conséquences de ce fait que le mari a fourni les fonds. Or on doit établir à cet égard la distinction suivante. Le mari a-t-il entendu faire un prêt? la femme en doit le remboursement; le prêt devrait être prouvé par les moyens de preuve du droit commun. Le mari a-t-il fourni et la femme reçu la somme à titre de don? alors le remboursement n'en est pas dû; seulement, si le don excède la quotité disponible, les héritiers réservataires du mari auront l'action en réduction. Ces héritiers pourraient d'ailleurs prouver l'existence du don par tous les moyens possibles, même par présomptions; car il s'agit de démasquer une fraude à la loi, consistant dans l'atteinte portée à leur droit de réserve.

§ II. *De la clause de séparation de biens.*

336. Le régime matrimonial dont nous allons nous occuper porte le nom de *séparation de biens* CONTRACTUELLE. Cette épithète, qui indique qu'il s'agit d'une séparation de biens stipulée par le contrat de mariage, fait antithèse à la *séparation de biens* JUDICIAIRE.

Sous ce régime comme sous le précédent, il n'y a pas de communauté entre les époux : les biens de chacun lui demeurent propres, ses

dettes aussi, en capital et en intérêts. Mais, à la différence de ce qui a lieu sous le régime de non communauté, la femme conserve l'administration et la jouissance de ses biens personnels, sous l'obligation de verser annuellement entre les mains de son mari une certaine somme représentant sa part contributoire dans les dépenses du ménage.

Le régime de séparation de biens est, lui aussi, peu en harmonie avec la nature du mariage. Appelés à être étroitement unis par les liens du cœur, les époux semblent naturellement destinés à être unis aussi par la communauté des intérêts; or le régime de la séparation de biens établit entre les époux une séparation à peu près complète d'intérêts. Il paraît peu pratiqué; on ne le rencontre guère que dans la classe riche, qui encore en fait un assez rare usage.

337. Il y a une très grande affinité entre la séparation de biens judiciaire, dont il a été parlé plus haut, et la séparation contractuelle, dont nous nous occupons à présent. On peut toutefois signaler entre elles deux différences :

1° La séparation de biens contractuelle est *irrévocable,* comme le sont toutes les conventions matrimoniales (art. 1395). Il en est autrement de la séparation judiciaire : la loi permet aux époux séparés de biens judiciairement de revenir à leurs conventions matrimoniales primitives (art. 1451);

2° La femme séparée de biens judiciairement contribue aux charges du mariage proportionnellement à ses facultés comparées à celles de son mari (art. 1448). La loi établit un mode de contribution différent pour la femme séparée contractuellement. Aux termes de l'art. 1537 : « *Chacun des époux contribue aux charges du mariage,* » *suivant les conventions contenues en leur contrat; et, s'il n'en existe* » *point à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence* » *du tiers de ses revenus* ».

Si la portion contributoire de la femme, telle qu'elle est fixée par le contrat ou à défaut par la loi, devenait insuffisante pour le soutien des charges du mariage, la femme pourrait être obligée de payer une part contributoire plus forte. Arg. des art. 203, 212 et 1448.

338. A part les différences qui viennent d'être signalées, on doit décider, quoiqu'il y ait quelque doute sur ce point, que la situation de la femme séparée contractuellement est la même que celle de la femme séparée judiciairement. En d'autres termes, les règles de la séparation judiciaire sont applicables à la séparation contractuelle. Telle a dû être la pensée du législateur, qui, autrement, aurait été sans doute moins laconique en ce qui concerne la séparation contractuelle.

Ce principe conduit aux déductions suivantes :

1° L'art. 1450 est applicable à la séparation de biens contractuelle;

2° La femme séparée contractuellement doit, comme la femme séparée judiciairement, verser sa portion contributoire entre les mains du mari, qui est obligé, moyennant ce subside, de pourvoir à toutes les charges du mariage, y compris l'entretien de la femme. Aussi a-t-on dit avec exactitude que la femme séparée de biens contractuellement est pensionnaire chez son mari.

Si le mari détourne de leur destination naturelle, qui est de subvenir aux charges du mariage, les sommes que la femme verse entre ses mains pour sa part contributoire, la question de savoir si la femme peut se faire autoriser par la justice à garder ces sommes et à en faire elle-même directement l'emploi en payant les fournisseurs, doit recevoir ici la même solution qu'en ce qui concerne la femme séparée judiciairement. V. *supra* n. 187.

3° La femme séparée contractuellement a la même capacité que la femme séparée judiciairement en ce qui concerne l'administration de ses biens. Elle peut donc « dis- » poser de son mobilier, et l'aliéner » (art. 1449). Un doute naît toutefois sur ce point de l'art. 1536, qui ne reproduit pas à cet égard les termes de l'art. 1449 : « *Lorsque » les époux ont stipulé par leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, » la femme conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la » jouissance libre de ses revenus* ». Mais ce doute semble disparaître à la lecture de l'art. 1538 : « *Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut » aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, » sans être autorisée par justice. — Toute autorisation générale d'aliéner les immeu- » bles donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle* ». Ce texte, en prohibant la stipulation par laquelle la femme séparée contractuellement se réserverait le droit d'aliéner ses immeubles sans autorisation, donne bien à entendre que la stipulation serait valable en ce qui concerne les meubles, et qu'on doit même la considérer comme sous-entendue.

339. Souvent il arrive que la femme séparée contractuellement donne mandat à son mari d'administrer ses biens en son lieu et place et de toucher ses revenus. Si le mandat est exprès, il faudra consulter ses termes pour déterminer les pouvoirs qu'il confère au mari, et notamment la portion de fruits que le mari a le droit de conserver et celle qu'il doit restituer à la femme. Mais le plus souvent le mandat dont il s'agit sera tacite. Absorbée par les soins du ménage, ou fatiguée d'une administration à laquelle elle se sent inhabile, la femme laisse là son contrat de mariage, et ne fait nulle opposition à ce que son mari s'empare de l'administration qu'elle s'était réservée et jouisse de ses biens. La loi devait régler les conséquences de cette situation, et c'est ce qu'elle a fait dans l'art. 1539. « *Lorsque la femme séparée a laissé » la jouïssance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande que » sa femme pourrait lui faire, soit à la dissolution du mariage, qu'à la représentation » des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jus- » qu'alors* ». Ainsi la femme est censée, en pareil cas, avoir autorisé son mari à dépenser tous les revenus des biens dont elle lui a laissé l'administration. Le mari ne devra compte par conséquent que des fruits existants lors de la demande de la femme, qui, révoquant son mandat, comme elle en a le droit, veut reprendre l'administration de ces biens, ou, si le mandat n'a pas été révoqué, des fruits existants lors de la dissolution du mariage; il ne doit aucun compte des fruits consommés.

On devrait considérer comme existants les fruits qui existent encore en nature lors de la demande de la femme ou de la dissolution du mariage, le prix encore dû à cette époque des fruits vendus, et les loyers ou fermages arriérés.

*** 340.** Mais voilà que le mari a fait des économies sur les revenus des biens dont sa femme lui a laissé la jouissance, et il a placé ces économies. La partie des

revenus de la femme, qui a été ainsi économisée et placée, doit-elle être considérée comme *consommée,* ce qui aurait pour conséquence de dispenser le mari de toute restitution de ce chef; ou doit-elle au contraire être considérée comme *existante,* et la femme peut-elle en réclamer la restitution ? La cour de cassation a résolu la question dans le premier sens par un arrêt de rejet du 17 janvier 1860. La cour dit que la solution contraire pourrait donner lieu à des recherches blessantes pour le mari. On peut ajouter que, lorsque le mari a des ressources personnelles, il paraît assez difficile de dire si les économies qu'il a réalisées ont été faites sur les revenus des biens dont sa femme lui a abandonné la jouissance ou sur ses revenus personnels ; pourquoi sur ceux-là plutôt que sur ceux-ci ? Faut-il conclure de là, comme le réclamaient subsidiairement les demandeurs en cassation dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de rejet de 1860, que les économies doivent être réparties entre le mari et la femme proportionnellement à l'importance de leurs revenus respectifs ? Cela paraîtrait assez équitable. Mais cette solution, qui tendrait à établir entre les époux, par suite de l'abandon de jouissance fait par la femme, une sorte de communauté d'acquêts d'un genre tout à fait particulier, ne semble guère acceptable en l'absence d'un texte qui l'établisse. D'ailleurs, la femme a « laissé la jouissance de ses biens à son mari », comme le dit l'art. 1539; et, comme elle la lui a laissée sans condition, il faut en conclure que le mari peut faire des revenus tel usage que bon lui semble : par suite il ne devra compte que de ce qu'il n'aura pas employé; tout ce qu'il a employé est *consommé, hoc sensu.*

CHAPITRE III

DU RÉGIME DOTAL

Le régime dotal a pour effet, non de rendre la femme incapable de s'obliger, mais de soustraire sa dot aux conséquences des engagements qu'elle pourra contracter pendant la durée du mariage.

341. Le régime dotal était le régime de prédilection des pays de droit écrit, qui l'avaient emprunté à la législation romaine.

Le projet primitif du code civil contenait, dans la première section du chapitre II, consacrée aux clauses qui ont pour objet d'exclure la communauté, une organisation tout à fait rudimentaire du régime dotal. Les parties qui voulaient adopter ce régime avaient d'ailleurs toute latitude pour en régler les clauses, et notamment l'art. 123 les autorisait formellement à stipuler l'inaliénabilité des biens dotaux de la femme. La section de législation supprima ce texte, et le remplaça par un autre (art. 138), ainsi conçu : « Les immeubles constitués en dot... ne sont pas inaliénables; toute convention contraire est nulle ». C'était décapiter le régime dotal, presque le supprimer; car l'inaliénabilité de la dot est sa principale raison d'être. Aussi l'apparition de ce nouveau projet souleva-t-elle une véritable tempête dans les pays de droit écrit, où le régime dotal était l'objet d'une sorte de culte, presque d'une superstition. Leurs vives réclamations déterminèrent le législateur à consacrer un chapitre spécial au régime dotal.

342. Définition. — Le régime dotal protège d'une manière toute particulière la dot de la femme, dont il assure par des règles spéciales la conservation et la restitution, non, comme la loi *Julia,* en

vue de faciliter à la femme une nouvelle union après son veuvage, mais bien pour assurer la subsistance et l'avenir de la femme et des enfants. Ses deux traits caractéristiques sont l'inaliénabilité des biens dotaux et les pouvoirs particuliers attribués au mari sur ces mêmes biens. Et toutefois l'inaliénabilité dotale n'est pas essentielle (art. 1557).

Nous avons esquissé plus haut la physionomie du régime dotal (n. 12); il faut maintenant entrer dans les détails.

343. La soumission au régime dotal ne peut résulter que d'une stipulation expresse (art. 1392). Il y en a deux raisons : d'une part, le régime dotal déroge au droit commun en matière de conventions matrimoniales; et d'autre part, l'inaliénabilité qui y est attachée porte atteinte à un principe qui est une des bases de notre état social en même temps qu'une des sources de la richesse publique, le principe de la libre circulation des biens. Mais d'ailleurs la loi n'exige l'emploi d'aucuns termes sacramentels; il suffit que la stipulation soit conçue de telle manière qu'elle ne laisse aucun doute sur la volonté des parties de se soumettre au régime dotal.

On devrait à notre avis considérer comme présentant ce caractère la clause, aux termes de laquelle tels biens de la femme sont déclarés dotaux et par suite inaliénables, et tels autres paraphernaux, et même la clause que les biens de la femme seront dotaux et inaliénables.

Mais la soumission au régime dotal ne résulterait pas des clauses indiquées en l'art. 1392, ni de la clause que tous les biens de la femme seront dotaux (argument du même article), ni de celle par laquelle la femme donne mandat à son mari d'administrer ses biens comme son procureur général et irrévocable. Nous croyons qu'elle ne résulterait pas non plus de la clause que la future épouse ne pourra pas s'obliger même avec l'autorisation de son mari; et comme d'autre part une semblable clause ne peut pas avoir pour résultat, de frapper la femme d'incapacité personnelle, on doit la considérer comme nulle et de nul effet. Paris, 19 juin 1884, Sir., 84. 2. 193.

Que dire de la clause imposant au mari l'obligation de faire emploi des sommes apportées par la femme, ou d'effectuer le remploi des biens de celle-ci, au cas où ils seraient aliénés? Dans nos anciens pays de dotalité, on la considérait comme entraînant soumission au régime dotal. Mais cette solution ne saurait plus être admise dans notre droit actuel, qui fait du régime dotal un régime d'exception, dont l'adoption nécessite une déclaration de volonté expresse et sans ambigüité. Tel est cependant l'empire de la tradition que les cours du Midi ont pendant longues années jugé en sens contraire, et il a fallu plusieurs arrêts de la cour suprême pour déraciner cette jurisprudence, à laquelle l'arrêt solennel du 8 juin 1858 paraît avoir donné le coup de grâce.

II. *Distinction des biens de la femme en* dotaux *et en* paraphernaux.

344. Les biens de la femme, sous le régime dotal, se divisent en biens *dotaux,* ou biens compris dans la dot, et en biens *paraphernaux,* ou biens en dehors de la dot.

Pour bien comprendre cette distinction, il faut savoir au préalable

ce que c'est que la dot. Dans un sens large, le mot *dot* désigne tous les biens donnés à l'un ou à l'autre époux par le contrat de mariage. Dans un sens plus restreint, « *La dot... est le bien que la femme apporte* » *au mari pour supporter les charges du mariage* » (art. 1540).

Il peut y avoir dot sous tous les régimes (arg. des mots *sous ce régime comme sous celui du chapitre II* (art. 1540); or le chapitre II traite de tous les régimes autres que le régime dotal). Sous la communauté, la dot de la femme comprend tous ses biens ; tous en effet sont apportés au mari soit en propriété, soit en jouissance. La dot comprend également tous les biens de la femme sous le régime d'exclusion de communauté, mais en jouissance seulement. Sous le régime de la séparation de biens, la dot de la femme n'apparaît pas aussi nettement, si bien que certains auteurs ont nié son existence. Nous croyons plus exact de dire que la dot de la femme séparée de biens contractuellement se compose de la partie de ses revenus, qu'elle s'oblige expressément ou tacitement à verser entre les mains de son mari pour sa part contributoire dans les dépenses du ménage.

On voit que le régime qui nous occupe n'est pas appelé dotal parce que la femme y apporte une dot. Son nom lui vient de ce que la dot y est protégée par des règles toutes particulières ayant principalement pour but d'assurer sa conservation et sa restitution.

345. Cela posé, les biens *dotaux* sont ceux qui composent la dot de la femme. L'art. 1541 en donne une énumération limitative : « *Tout ce* » *que la femme se constitue ou qui lui est donné en contrat de mariage,* » *est dotal, s'il n'y a stipulation contraire* ».

a. La loi déclare dotaux, tout d'abord, *les biens que la femme se constitue.* Il s'agit de la constitution de dot faite par la femme elle-même dans le contrat de mariage. Aucune formule sacramentelle n'est prescrite pour cette constitution ; mais tout au moins doit-elle être faite dans des termes qui expriment clairement la volonté des parties ; car, la paraphernalité étant la règle et la dotalité l'exception, le doute que laisseraient les termes du contrat devrait profiter à la paraphernalité. Cass., 7 février 1881, Sir., 82. 1. 22.

Il résulte de là qu'il y aurait lieu de considérer comme constitués en dot, et par suite comme dotaux, les biens que la femme déclare *apporter à son mari,* ou *affecter aux charges du mariage,* et aussi ceux dont elle déclare *conférer à son mari l'administration et la jouissance.* La constitution de dot peut même être implicite : c'est ce qui arrivera si la femme a énuméré dans le contrat de mariage les biens qu'elle se réserve comme paraphernaux ; naturellement ceux dont elle ne parle pas seront dotaux.

b. Sont également dotaux *les biens donnés à la femme* EN CONTRAT DE MARIAGE. En faisant la donation par le contrat de mariage, le donateur manifeste implicitement la volonté, d'une part d'affecter les revenus des biens donnés au soutien des charges du mariage, et d'autre part d'assurer à ces biens la protection du régime stipulé dans le contrat. Or, pour que cette double intention puisse se réaliser, il faut que les biens donnés soient dotaux ; voilà pourquoi la loi les déclare tels. Si le donateur a une volonté contraire, il faut qu'il l'exprime.

* La règle, que les biens donnés à la femme en contrat de mariage sont dotaux, s'applique, quel que soit le donateur, parent ou étranger. Elle nous semble même devoir s'appliquer, vu la généralité des termes de la loi, aux biens donnés en contrat de mariage par le mari à la femme. D'autant plus qu'il n'y a aucun motif pour supposer que le mari ait entendu se priver, pendant la durée du mariage, de l'administration et de la jouissance des biens dont il a gratifié sa femme, et c'est cependant ce qui arriverait si on considérait ces biens comme paraphernaux. D'ailleurs, dans le doute, la donation doit toujours être interprétée dans le sens le moins défavorable au donateur. La question toutefois est controversée.

On voit en résumé que les biens dotaux sont ceux qui font partie de la dot de la femme. La dot ne peut être constituée que par le contrat de mariage ; mais d'ailleurs elle peut l'être soit par la femme elle-même, soit par un tiers qui intervient au contrat pour la doter. Tous les biens de la femme peuvent être dotaux.

Les biens du mari ne pourraient pas valablement être stipulés dotaux et par suite inaliénables. Ce serait étendre au mari la protection du régime dotal, qui n'a été établie qu'en faveur de la femme. Les dispositions de la loi, qui autorisent, contrairement aux règles du droit commun, une stipulation d'inaliénabilité, comportent nécessairement l'interprétation restrictive. Cpr. Cass., 30 novembre 1886, Sir., 87. 1. 401, motifs de l'arrêt.

346. Les biens de la femme qui ne sont pas dotaux sont dits *extra-dotaux* (de *extra dotem*) ou *paraphernaux* (de παρα, *en dehors,* et φερνη, dot). « *Tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot,* » *sont paraphernaux* », dit l'art. 1574. La paraphernalité constitue donc la règle générale, la dotalité l'exception. Il peut se faire que tous les biens de la femme soient paraphernaux (art. 1575); c'est ce qui arrive si elle ne s'est constitué aucun bien et qu'il ne lui ait rien été donné dans le contrat de mariage.

SECTION PREMIÈRE

DE LA CONSTITUTION DE DOT

347. La constitution de dot peut émaner soit de la femme, soit de ses père et mère, soit de toute autre personne. Nous ne parlerons que de la constitution de dot émanée de la femme ou de ses père et mère, celle qui est faite par d'autres ne donnant lieu à aucune observation particulière.

§ I. *Constitution de dot émanée de la femme.*

348. Aux termes de l'art. 1542 : « *La constitution de dot peut frap-* » *per tous les biens présents et à venir de la femme, ou tous ses biens* » *présents seulement* » [ajoutez, *ou tous ses biens à venir seulement*], » *ou une partie de ses biens présents et à venir, ou même un objet indi-* » *viduel. — La constitution, en termes généraux, de tous les biens de la* » *femme, ne comprend pas les biens à venir* ».

On désigne sous le nom de biens *présents* ceux qui sont dans le patrimoine de la femme lors de la passation du contrat de mariage, ou qui doivent y entrer plus tard en vertu d'un droit existant à cette époque et susceptible de se réaliser avec effet rétroactif, comme serait le bien dont la femme était propriétaire avant le contrat de mariage sous une condition suspensive qui vient à se réaliser plus tard (art. 1179). Les biens *à venir* sont ceux qui adviennent à la femme à titre lucratif, principalement à titre de succession ou de donation, depuis la passation du contrat de mariage jusqu'à la dissolution du mariage. Cpr. *supra*, n. 253.

* La constitution de dot portant sur les biens à venir comprend-elle les produits du travail ou de l'industrie séparée de la femme. V. au sujet de cette question, Cass., 13 février 1884, Sir., 86, 1. 25 et la note.

349. Qu'elle s'applique aux biens présents ou aux biens à venir, la constitution de dot peut être faite à titre universel ou à titre particulier : — *à titre universel,* lorsqu'elle embrasse la totalité ou une partie aliquote, comme le tiers, le quart, des biens soit présents, soit à venir; — *à titre particulier,* dans toute autre hypothèse, par exemple si la femme s'est constitué en dot telle maison, tel fonds de terre, une somme de 100,000 fr.

Lorsque la constitution de dot est faite à titre universel, le mari, devenant ainsi usufruitier de l'universalité ou d'une quote-part de l'universalité des biens de la femme, doit supporter pour la totalité ou pour une quote-part les intérêts des dettes correspondant aux biens constitués en dot (arg. art. 612). Ainsi, quand la constitution dotale embrasse tous les biens présents de la femme, le mari doit supporter, pendant la durée de sa jouissance, les intérêts de toutes les dettes correspondant à ces biens, c'est-à-dire de toutes les dettes présentes de la femme. Voyez cependant Grenoble, 12 mai 1882, Sir., 82. 2. 247. Au contraire, si la constitution de dot est faite à titre particulier, le mari ne devra supporter pour aucune portion les intérêts des dettes de la femme. Toutefois, la constitution, faite par la femme, de tous les biens qui lui écherront par succession, bien qu'elle puisse être considérée comme étant à titre particulier, entraînerait pour le mari l'obligation de supporter les intérêts des dettes grevant ces successions. Ces dettes diminuent de plein droit l'actif; *non sunt bona nisi deducto ære alieno.*

350. Sous le régime dotal, la paraphernalité étant la règle et la dotalité l'exception, la constitution de dot doit toujours être interprétée restrictivement. Par application de ce principe, l'art. 1542 al. 2, déjà cité, dispose : « *La constitution, en termes généraux, de tous les biens de la femme, ne comprend pas les biens à venir.* En effet une semblable constitution laisse planer un doute en ce qui concerne les biens à venir : peut-être les parties n'y ont-elles pas songé. Ce doute s'interprète contre la dotalité. De même, si la femme s'est constitué tous les biens qui lui écherront par *succession,* la clause ne comprendra pas les biens à échoir par *donation,* et réciproquement.

* Par application du même principe, on doit décider que, si la femme s'est constitué en dot *sa part indivise dans tel immeuble,* cet immeuble ne sera dotal que dans la mesure du droit appartenant à la femme lors du contrat de mariage, alors même qu'un partage fait postérieurement lui aurait attribué la totalité de l'immeuble. Car, en se constituant *sa part indivise dans l'immeuble,* la femme a donné à entendre qu'elle ne voulait pas se constituer les autres parts indivises appartenant à ses consorts et qui pourraient lui être attribuées par le partage; tout au moins il y a doute à cet égard, et ce doute doit être tranché contre la dotalité. — Qu'importe après cela qu'en vertu du principe écrit dans l'art. 883, la femme, à laquelle la totalité de l'immeuble a été attribuée par le partage, soit réputée en avoir été seule propriétaire à dater du jour où l'indivision a pris naissance, par conséquent dans l'espèce à une époque antérieure au mariage ? Est-ce que cela empêche que la femme ait pu vouloir ne se constituer en dot qu'une partie de l'immeuble, pour le cas où elle en deviendrait plus tard propriétaire en totalité avec effet rétroactif ? Dès que cette interprétation est possible, elle doit être admise comme s'éloignant le moins du droit commun.

351. Aux termes de l'art. 1543 : « *La dot ne peut être constituée ni* » *même augmentée pendant le mariage* ».

En droit romain, la dot pouvait être augmentée et même constituée pendant le mariage (*Justin. Instit.,* § 3, *De donationibus*). L'application de ce système dans nos anciens pays de droit écrit y devint la source de fraudes nombreuses à l'encontre des tiers; aussi les parlements desdits pays prohibèrent-ils les constitutions de dot faites pendant le mariage, et n'admirent-ils les augmentations que sous certaines restrictions propres à sauvegarder les intérêts des tiers. Le code civil va plus loin. Voulant que les tiers puissent toujours savoir d'une façon certaine, en consultant le contrat de mariage, quels biens sont dotaux, il décide, dans les termes les plus généraux, que la dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage. Et toutefois cette disposition, ainsi qu'on va le voir, n'est pas aussi absolue qu'elle le paraît au premier abord.

La dot peut recevoir des augmentations pendant le mariage, soit en vertu de causes naturelles, telles que l'alluvion, soit en vertu de causes prévues par le contrat de mariage, par exemple par suite de successions échues à la femme, si le contrat stipule que ses biens à venir seront dotaux. Notre article, en effet, ne dit pas que la dot ne peut pas S'AUGMENTER pendant le mariage, mais bien, ce qui est tout différent, qu'elle ne peut pas ÊTRE AUGMENTÉE, formule qui fait allusion aux augmentations résultant d'une volonté manifestée après coup soit *par les époux,* soit *par un tiers,* car la loi ne distingue pas.

Par les époux. Ainsi, les biens à venir de la femme devant être paraphernaux d'après le contrat, si une succession échoit à la femme pendant le mariage, les époux ne peuvent pas valablement convenir que les biens de cette succession seront dotaux; ce serait augmenter la dot. Sur ce premier point, l'art. 1543 ne contient qu'une application particulière du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La composition de la dot est définitivement arrêtée par les clauses du contrat; la volonté des époux n'y peut rien changer.

Par un tiers. Ainsi, les biens à venir de la femme devant être paraphernaux d'après le contrat, un tiers, parent ou étranger, ne pourra pas valablement, pendant

le mariage, donner un bien à la femme sous la condition qu'il sera dotal. Du moins cette condition, contraire à la loi, serait réputée non écrite, aux termes de l'art. 900 et la donation s'exécuterait comme si elle avait été faite purement et simplement, c'est-à-dire que le bien donné serait paraphernal. Sur ce deuxième point, l'art. 1543 contient une exception aux règles du droit commun, d'après lesquelles les conventions matrimoniales ne lient pas les donateurs. Ainsi, sous le régime de la communauté, un bien peut valablement être donné à la femme sous la condition qu'il tombera dans la communauté, alors qu'il devrait en être exclu d'après les dispositions de la loi ou du contrat de mariage, et réciproquement. L'exception a été écrite dans un but de protection pour les tiers, aux intérêts desquels la dotalité peut porter atteinte, à cause de l'inaliénabilité qui y est attachée. La loi a voulu que les tiers pussent toujours savoir, en consultant le contrat de mariage, quels biens sont dotaux. Si, d'après le contrat, les biens à venir de la femme doivent être paraphernaux, il ne faut pas que les biens qui lui seront donnés puissent devenir dotaux en vertu d'une clause de la donation, que les tiers ignoreraient souvent.

* Mais au contraire, rien ne s'opposerait à ce qu'un tiers, parent ou étranger, donnât un bien à la femme pour la nue propriété, et au mari pour l'usufruit pendant la durée du mariage, alors que, d'après le contrat de mariage, les biens donnés à la femme doivent être paraphernaux. Inutilement objecterait-on que cela équivaut à donner le bien sous la condition qu'il sera dotal. Les deux clauses sont tout à fait différentes, et notamment celle dont il s'agit ne rendrait en aucun cas le bien donné inaliénable.

352. En sens inverse, un donateur pourrait-il, quand les biens à venir de la femme doivent être dotaux d'après le contrat de mariage, insérer dans la donation cette clause *que le bien donné sera paraphernal ?* Nous le pensons; car, d'après le droit commun, les conventions matrimoniales ne lient pas les donateurs (arg. art. 1401-1° et 1405). Il est vrai que, par dérogation à ce principe, l'art. 1543 ne permet pas à un donateur d'*augmenter* la dot pendant le mariage; mais il ne défend pas de la *diminuer;* or tel est précisément le but de la clause qui nous occupe. La déclarer nulle, par application de l'art. 1543, c'est étendre une disposition exceptionnelle en dehors du cas qu'elle prévoit. L'esprit de la loi résiste d'ailleurs à cette extension non moins que son texte: l'extension serait préjudiciable pour les tiers, auxquels la paraphernalité est plus profitable que la dotalité; or la dérogation au droit commun, que consacre l'art. 1543, a principalement été établie en vue de protéger les intérêts des tiers. On objecte que, si la clause n'est pas défavorable aux tiers, elle est désavantageuse pour le mari; car, en rendant paraphernal un bien qui devait être dotal d'après le contrat, elle prive le mari du droit de jouissance que le contrat lui assurait sur ce bien. La réponse est que le donateur aurait pu empêcher le droit de jouissance du mari de prendre naissance, en ne faisant pas la donation; il peut donc aussi donner à la condition que le mari ne jouira pas. Le donateur est le maître, il fait ce qu'il veut.

* Toutefois cette réponse n'est pas péremptoire, si les biens donnés font partie de la réserve de la femme dans la succession du donateur. En pareil cas, le donateur ne pourrait pas valablement déclarer les biens donnés insaisissables (C. pr. art. 581-3°); il ne doit pas pouvoir non plus les soustraire au droit de jouissance qui appartient au mari d'après le contrat de mariage. Dans tous les autres cas, la clause devrait être déclarée valable.

§ II. *Des constitutions de dot faites par les père et mère des époux ou par l'un d'eux.*

353. Le législateur s'est occupé à deux reprises différentes des constitutions de dot faites par les père et mère au profit de leurs enfants : une première fois dans les art. 1438 à 1440 déjà expliqués (*supra* n. n. 154 et s.), une seconde, dans les art. 1544 à 1548 à l'étude desquels nous arrivons. Ces derniers articles sont écrits en vue du cas où les constituants sont mariés sous le régime dotal, tandis que les art. 1438 à 1440 supposent les constituants mariés sous le régime de la communauté, quel que soit d'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, le régime sous lequel se marie l'enfant doté. Ainsi, pour savoir quelles sont les règles qui gouvernent une constitution de dot faite par les père et mère ou l'un d'eux à leur enfant, il ne faut pas se préoccuper du régime sous lequel se marie l'enfant doté, mais bien de celui sous lequel sont mariés les constituants : s'ils sont soumis au régime de la communauté, on applique les art. 1438 à 1440; on applique au contraire les art. 1544 à 1548, s'ils sont mariés sous le régime dotal. Toutefois, parmi les règles contenues soit dans les art. 1438 à 1440, soit dans les art. 1544 à 1548, il y en a plusieurs qui ne sont que l'expression du droit commun et qui s'appliqueraient par conséquent sous quelque régime que les constituants soient mariés.

En divisant, comme il l'a fait, les règles relatives aux constitutions de dot, le législateur s'est condamné à des répétitions et à des omissions. Il eût été bien préférable de réunir toutes ces règles en un seul faisceau. On aurait pu établir d'abord les règles générales applicables dans toutes les hypothèses, puis celles spéciales au cas où les constituants sont mariés sous tel ou tel régime.

I. *Comment la dot peut être constituée.*

354. La dot peut être constituée, soit par le père et par la mère conjointement, soit par le père seul, soit par la mère seule.

a. Dot constituée par le père et par la mère conjointement.

355. Aux termes de l'art. 1544 al. 1 : « *Si les père et mère constituent conjointement une dot, sans distinguer la portion de chacun, elle sera censée constituée par portions égales* ». C'est le droit commun. Cpr. art. 1438 al. 1, et *supra* n. 159.

b. Dot constituée par le père seul.

356. La constitution de dot faite par le père seul n'oblige que lui. Il en serait ainsi, alors même que le père aurait déclaré doter *pour droits paternels et maternels*, et que la mère présente au contrat de mariage

contenant cette déclaration l'aurait signé. Peut-être en effet a-t-elle entendu jouer ainsi un rôle purement honorifique : les contrats de mariage contiennent souvent de nombreuses signatures qui n'y sont apposées que *honoris causa*. Pour que la mère soit engagée, il faut nécessairement qu'elle ait joué un rôle actif, qu'elle ait pris part à la constitution de dot, qu'elle ait parlé conjointement avec son mari; il ne suffit pas que celui-ci ait parlé pour elle. C'est ce qui résulte de l'art. 1544 al. 2 : « *Si la dot est constituée par le père seul pour droits » paternels et maternels, la mère, quoique présente au contrat, ne sera » point engagée, et la dot demeurera en entier à la charge du père* ».

S'il existe entre les constituants une société d'acquêts, le père peut doter l'enfant sans le concours de la mère en biens dépendant de cette société. Arg. art. 1439.

c. Dot constituée par la mère seule.

357. Cette hypothèse n'a pas été prévue par la loi, mais elle ne peut donner lieu à aucune difficulté, les règles du droit commun suffisant pour la résoudre.

L'application de ces règles conduit aux décisions suivantes :

α. La femme doit être autorisée de son mari ou de justice ;

β. Avec l'autorisation de son mari, la femme peut disposer de la pleine propriété de ses biens paraphernaux ou même dotaux (art. 1555), et cela pour l'établissement soit des enfants du mariage, soit de ses enfants d'un autre lit ;

γ. Avec l'autorisation de justice, la femme peut disposer, soit de la pleine propriété, de ses biens paraphernaux, soit de la nue propriété de ses biens dotaux, pour l'établissement de ses enfants d'un autre lit. Mais, s'il s'agit de l'établissement des enfants du mariage, l'autorisation de la justice ne lui permet de disposer que de ses biens paraphernaux, jamais de ses biens dotaux, même en nue propriété (v. art. 1555, et *infra* n. 390).

II. *Sur quels biens la dot, constituée soit par les père et mère, soit par l'un d'eux, doit être payée.*

358. Aux termes de l'art. 1546 : « *Quoique la fille dotée par ses » père et mère ait des biens à elle propres dont ils jouissent, la dot sera » prise sur les biens des constituants, s'il n'y a stipulation contraire* ». La loi suppose que les père et mère qui dotent leur enfant (fils ou fille, bien que la loi ne parle que de la fille) entendent lui faire une libéralité égale au montant de la dot. Or, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la dot soit payée en biens appartenant aux constituants. Ils ne donneraient rien ou ne donneraient qu'une partie de ce qu'ils ont promis, si la dot était payée en tout ou en partie en biens appartenant à l'enfant.

Toutefois, les constituants peuvent stipuler que la dot sera prise d'abord sur les biens de l'enfant, et en cas d'insuffisance seulement, sur leurs biens personnels (art. 1546). Cette stipulation peut être expresse ou tacite. Elle est tacite dans le cas prévu par l'art. 1545, ainsi conçu : « *Si le survivant des père ou mère constitue une dot pour*

» *biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la dot se pren-* » *dra d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint* » *prédécédé, et le surplus sur les biens du constituant* ».

Le survivant des père et mère d'un enfant déclare lui constituer une dot *pour droits paternels et maternels;* au moment où il fait cette constitution, le disposant détient encore les biens dépendant de la succession de son conjoint prédécédé, biens qui appartiennent pour le tout ou pour partie à l'enfant doté, en sa qualité d'héritier de ce conjoint; il en est donc débiteur envers son enfant. En disant qu'il dote *pour biens paternels et maternels,* le survivant manifeste évidemment l'intention de faire contribuer la succession de son conjoint prédécédé au paiement de la dot. Dans quelle proportion ? Si le constituant ne s'est pas expliqué sur ce point, la loi, admettant l'interprétation qui lui est le plus favorable, suppose qu'il a entendu que la dot serait prise d'abord, et jusqu'à épuisement, sur la succession du prédécédé, et que par suite il a seulement voulu s'engager à payer le complément sur ses biens personnels, en cas d'insuffisance des biens revenant à l'enfant doté dans ladite succession.

Cette interprétation pourra dans certains cas être contraire à la volonté du constituant; les tribunaux devraient néanmoins l'appliquer, car ils sont enchaînés par un texte formel. Mais notre disposition, dérogeant au droit commun, cesserait d'être obligatoire en dehors du cas pour lequel elle a été écrite, c'est-à-dire lorsque le constituant est marié sous un régime autre que le régime dotal. Les tribunaux auraient alors la plus grande latitude pour l'interprétation de la clause. — L'art. 1545 est le seul, parmi ceux relatifs aux constitutions de dot faites par les parents, qui ne soit pas applicable en dehors du cas où les constituants sont mariés sous le régime dotal.

La clause, par laquelle les père et mère ou l'un d'eux auraient déclaré doter leur enfant d'une certaine somme *à prendre tant sur les biens de l'enfant que sur les biens propres au constituant,* devrait être assimilée quant à ses effets à celle par laquelle le survivant des père et mère constitue une dot *pour biens paternels et maternels.*

III. *Effets de la constitution de dot.*

359. On sait que la constitution de dot soumet le constituant à l'obligation de garantie, et au paiement des intérêts à compter du jour du mariage, le tout sauf stipulation contraire. L'art. 1440 l'a déjà dit; les art. 1547 et 1548 le répètent :

Art. 1547. *Ceux qui constituent une dot, sont tenus à la garantie des objets constitués.*

Art. 1548. *Les intérêts de la dot courent de plein droit, du jour du mariage, contre ceux qui l'ont promise, encore qu'il y ait terme pour le paiement, s'il n'y a stipulation contraire.*

Nous avons dit que l'obligation de garantie et celle relative au paiement des intérêts ont leur source dans une convention tacite que

la loi suppose intervenue entre le constituant et les futurs époux. Voyez *supra*, n. n. 163 et 164.

§ III. *De la nature du contrat de constitution de dot.*

360. Le contrat de constitution de dot est-il à titre onéreux ou à titre gratuit? La question se pose soit lorsque la dot est constituée par un tiers au profit des époux ou de l'un d'eux, soit lorsqu'elle est constituée par la femme elle-même. Elle se pose également non seulement lorsque le constituant est marié sous le régime dotal, mais aussi lorsqu'il est marié sous un autre régime ou lorsqu'il n'est pas marié. Elle peut se poser enfin quel que soit le régime adopté par celui au profit de qui la constitution de dot intervient. Nous distinguerons deux hypothèses.

361. *Première hypothèse.* La dot est constituée par la femme elle-même. Incontestablement le contrat est à titre onéreux. En effet, d'un côté, la femme promet à son mari la jouissance de la dot, et en retour le mari s'oblige envers elle à supporter les charges du mariage. La femme trouve dans cette obligation du mari l'équivalent de la jouissance qu'elle lui procure, et la convention rentre ainsi dans la définition que l'art. 1106 donne du contrat à titre onéreux.

De là il résulte notamment qu'il n'y a pas lieu, même au profit des enfants d'un premier lit de la femme, à la réduction des avantages que le mari a retirés de la constitution de dot, quelque considérables qu'ils soient; car la réduction ne peut atteindre que les avantages provenant d'un contrat à titre gratuit. V. toutefois les art. 1496 al. 2 et 1527 al. 3.

Il en résulte aussi que, si la constitution de dot a été faite par la femme en fraude des droits de ses créanciers, ceux-ci ne peuvent en obtenir la rescision contre le mari par l'action paulienne qu'à la condition de prouver qu'il a été complice de la fraude (v. t. II, n. 919).

362. *Deuxième hypothèse.* La constitution de dot est faite au profit de la femme, dans le contrat de mariage, par un tiers parent ou étranger. Il se forme alors un double contrat : l'un exprès, qui intervient entre le constituant donateur et la femme donataire; l'autre tacite, qui a lieu entre la femme et le mari; par ce deuxième contrat, la femme est censée apporter le bien, qu'elle vient de recevoir, à son mari, afin de l'aider à supporter les charges du mariage.

On admet sans difficulté que ce dernier (le contrat tacite qui intervient entre la femme et le mari) est à titre onéreux. En effet le mari reçoit le bien, constitué en dot à la femme, à la charge de remplir une obligation dont l'exécution profitera à la femme et qui consiste à supporter les charges du mariage; la femme trouve dans cette obligation l'équivalent des droits qu'elle confère à son mari sur sa dot et dont le principal est la jouissance de la dot.

On voit que le mari ne tient pas directement du constituant ses droits sur les biens constitués en dot à la femme; car la donation est faite à la femme, non au mari. Les droits du mari ont leur source dans la convention tacite dont nous venons de parler. De là résultent, entre autres, deux conséquences :

1° Si la donation, qui a été faite à la femme *dotis causa*, est annulée, rescindée ou résolue pour une cause personnelle à la femme, celle-ci perdant tous ses droits sur les biens donnés, ceux qu'elle a constitués au profit de son mari sur ces mêmes biens tomberont d'après la règle *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis* (arg. art. 865).

2° Si la donation, faite *dotis causa* à la femme, est rescindée comme ayant eu lieu en fraude des droits des créanciers du constituant, la rescision ne pourra porter atteinte au droit de jouissance du mari sur le bien constitué en dot qu'autant qu'il aura été complice de la fraude; le mari est en effet un sous-acquéreur à titre onéreux (cpr. t. II, n. 920).

Il y a plus de difficulté relativement au contrat qui intervient entre le constituant et la femme. Celui-là nous paraît être à titre gratuit; car d'une part le constituant, fût-il le père ou la mère de la femme, n'était pas obligé de doter (art. 204) et d'autre part, il ne reçoit rien comme contre-valeur de ce qu'il donne. Le contrat rentre donc littéralement dans les termes de l'art. 1106 : « Le contrat *de bienfaisance* est celui » par lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ». De là résultent toute une série de conséquences et particulièrement les suivantes :

1° La constitution de dot est soumise aux conditions de forme des donations (art. 1081 et s.);

2° La donation faite *dotis causa* serait révocable pour cause d'inexécution des charges (art. 954) et pour cause de survenance d'enfant (art. 960), mais non pour cause d'ingratitude, à raison de la disposition toute spéciale de l'art. 959;

3° Si la femme succède au constituant, elle devra le rapport de la dot (art. 843);

4° Si la donation faite *dotis causa* excède la quotité disponible, elle sera réductible à cette quotité (art. 920);

5° Si la femme est incapable de recevoir à titre gratuit du constituant, la constitution de dot faite à son profit sera nulle;

6° Enfin, si le constituant a agi en fraude des droits de ses créanciers, la constitution de dot pourra être révoquée, sur l'action paulienne intentée par les créanciers, alors même que la femme n'aurait pas été complice de la fraude commise par le constituant, et sauf, comme nous l'avons dit tout à l'heure, le maintien des droits conférés au mari sur la dot, s'il est de bonne foi. En effet, les créanciers peuvent attaquer par l'action paulienne une aliénation à titre gratuit faite par leur débiteur, par cela seul que celui-ci a agi en fraude de leurs droits, et indépendamment de toute complicité du donataire. La complicité de l'acquéreur n'est requise que dans les aliénations à titre onéreux.

363. La doctrine que nous venons de développer est loin d'être consacrée par la jurisprudence. La grande majorité des cours d'appel considèrent la constitution de dot faite au profit de la femme, et même celle faite au profit du mari, par un tiers parent ou étranger, comme *participant du contrat à titre onéreux,* et elles en déduisent cette conséquence que, si la dot a été constituée en fraude des droits des créanciers, l'action paulienne ne réussira qu'autant que l'époux doté aura été complice de la fraude commise par le constituant. Un notaire (nous empruntons cette espèce à la jurisprudence (Paris, 31 janvier 1845, Dall. pér. 1845, 2. 50) dote sa fille de 800,000 fr. qu'il paie comptant; celle-ci ignore la situation de son père, qui n'est pas encore divulguée; quelque temps après, le père disparaît, laissant un actif de 200,000 fr. et un passif de 700,000 fr. La fraude du notaire était manifeste : il avait doté sa fille avec les dépôts qui lui avaient été confiés. Les créanciers intentent l'action paulienne contre la fille. La cour de Paris déclare leur demande mal fondée, parce que la fille a reçu la dot à titre onéreux et qu'on ne prouve pas qu'elle ait été complice de la fraude !

Sur quoi cette jurisprudence est-elle fondée ? Ce n'est pas sur les précédents. Notre ancien droit, qui a une grande importance en cette matière toute traditionnelle, ne faisait pas de difficulté pour admettre l'application de l'action paulienne, même au cas où l'enfant doté n'était pas complice de la fraude commise par le constituant.

On dit d'abord que l'époux doté reçoit les biens sous une certaine affectation, l'affectation aux charges du mariage. Le contrat n'est donc pas purement gratuit, puisque l'époux doté contracte une obligation comme condition de la donation qu'il reçoit. — Que la donation puisse être considérée comme participant du contrat à titre onéreux, quand elle impose au donataire une charge dont l'exécution doit profiter au donateur, comme il arrive par exemple dans la constitution de dot faite par la femme en faveur du mari, ou même une charge qui doit profiter à un tiers, et dont

le donateur a indirectement le droit d'exiger l'exécution en demandant le cas échéant la résolution pour cause d'inexécution des charges (art. 954), nous n'y contredisons pas. Mais il ne saurait en être ainsi, lorsque la charge imposée au donataire est dans l'intérêt du donataire lui-même, comme dans l'espèce. Car enfin les biens donnés à la femme sont affectés aux charges du mariage, c'est-à-dire à des charges qui incombent à la femme aussi bien qu'au mari, qu'elle doit même supporter entièrement quand le mari n'a plus de ressources ; ils sont donc affectés au paiement d'une dette de la femme ; or peut-on dire qu'un débiteur reçoit à titre onéreux les biens qui lui sont donnés avec affectation au paiement de ses dettes ? A ce compte il ne serait plus vrai de dire : Qui paie ses dettes s'enrichit.

La jurisprudence invoque encore les art. 1440 et 1547, desquels il résulte que la garantie de la dot est due par le constituant, sauf stipulation contraire. Cela prouve, dit-on, que le contrat est à titre onéreux, car un donateur ne doit pas la garantie. La réponse est facile. Sans doute la garantie n'est pas de droit dans la donation ; mais la convention des parties peut l'y introduire. Or la garantie dont est tenu le constituant a pour fondement une convention tacite, ainsi que nous l'avons expliqué sous l'art. 1440. Donc on ne peut pas induire de l'obligation de garantie dont le constituant est tenu, que le contrat est à titre onéreux.

Cette jurisprudence vient d'être aggravée par un arrêt de la cour de cassation du 18 janvier 1887 (Sir., 87. 1. 97). L'arrêt établit en principe que « soit par la » nature des obligations auxquelles sont tenus ceux qui font des donations par con- » trat de mariage, soit par la destination de ces donations, *elles constituent de* » *véritables actes à titre onéreux* ». La cour ne se borne pas à dire, comme l'avaient fait jusqu'ici les cours d'appel, comme elle le faisait elle-même, que les constitutions de dot *participent des contrats à titre onéreux,* elle dit que ce sont de *véritables actes à titre onéreux.* Nous ne savons si la cour de cassation consentirait à tirer de ce principe toutes les conséquences qu'il comporte. Quoi qu'il en soit, voici l'application qu'elle en a faite à l'espèce qui lui était soumise. La constitution de dot avait été faite au profit du mari par le père de celui-ci ; le constituant avait agi en fraude des droits de ses créanciers ; le mari était complice de la fraude ; la femme était de bonne foi. Dans ces conditions l'action paulienne des créanciers devait-elle réussir? La cour de cassation résout la question négativement. Il y a, dit-elle en substance, trois parties dans le contrat de constitution de dot, savoir le constituant, le mari et la femme. Pour que l'action paulienne des créanciers du constituant réussisse, il ne suffit pas que le constituant ait agi en fraude des droits de ses créanciers, il ne suffit même pas que le mari, au profit duquel dans l'espèce la constitution de dot avait été faite, ait été complice de la fraude, il faut en outre que la femme y ait participé. De sorte que la bonne foi de la femme mettra le mari personnellement à l'abri des conséquences de sa mauvaise foi. On ne se bornera pas à maintenir les droits que le contrat de mariage a fait acquérir à la femme sur les biens constitués en dot au mari, notamment son hypothèque légale, on maintiendra aussi les droits acquis par le mari sur ces mêmes biens, malgré sa mauvaise foi. Nous avions cru jusqu'ici que l'action paulienne était une action personnelle, dans laquelle chacun était traité suivant son mérite, c'est-à-dire suivant que, personnellement, il était de bonne ou de mauvaise foi. L'arrêt de la cour de cassation renverse toutes nos idées! La faveur du mariage est grande, sans doute. Mais les droits des créanciers comptent bien aussi pour quelque chose. Et en tout cas, il faut avant tout respecter les principes, nous entendons les vrais principes et non ceux posés par la cour de cassation.

SECTION II

DES DROITS DU MARI SUR LES BIENS DOTAUX, ET DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL

364. Cette section se divise tout naturellement en deux paragraphes consacrés, l'un aux droits respectifs des époux sur les biens dotaux, l'autre à l'inaliénabilité du fonds dotal.

§ I. *Droits respectifs des époux sur les biens dotaux.*

N° 1. **Droits de la femme.**

I. *Principe.*

365. Le code civil s'est écarté des traditions du droit romain, suivies dans nos anciens pays de droit écrit, traditions d'après lesquelles le mari était propriétaire de la dot, *dominus dotis*. Aujourd'hui la propriété des biens dotaux reste en principe à la femme; le mari n'acquiert sur ces biens qu'un droit de jouissance, et, comme conséquence de ce droit de jouissance, un droit d'administration. Arg. art. 1549, 1551 et 1552, 1564 à 1566.

Du principe que la femme est propriétaire des biens dotaux, il résulte : 1° que, lorsque les biens dotaux sont aliénables, le mari ne peut pas les aliéner; seule la femme a ce droit; 2° que les créanciers du mari ne peuvent pas les saisir; 3° que les risques des biens dotaux sont pour le compte de la femme; 4° que la femme peut en exiger la restitution en nature lors de la dissolution de l'association conjugale.

II. *Exceptions au principe.*

366. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, le mari devient propriétaire des biens dotaux, et alors les conséquences qui viennent d'être indiquées se produisent en sens inverse. Ces cas sont au nombre de trois; nous allons les parcourir successivement.

367. Premier cas. Le mari devient propriétaire des biens dotaux dont on ne peut faire usage sans les consommer, *quorum usus in abusu consistit,* comme l'argent, les denrées. En effet le mari a le droit de jouir des biens dotaux; par suite il a ici le droit de les consommer, puisqu'il est impossible d'en jouir autrement; donc il est propriétaire, car le propriétaire seul a le droit de consommer la chose. Devenu propriétaire, le mari restituera, lors de la dissolution de l'association conjugale, non la chose même qu'il a reçue et qu'il a vraisemblablement consommée, mais son équivalent. Ici, *tantumdem est idem.* Le droit de propriété de la femme se trouve transformé en un droit de créance contre son mari. Cpr. art. 587, et t. I, n. 1338. *Adde* Cass., 22 mars 1882, Sir., 82. 1. 241; Orléans, 11 janvier 1883, Sir., 84. 2. 188.

368. Le principe que le mari devient propriétaire des deniers dotaux entraîne deux conséquences que nous trouvons formulées dans l'art. 1553 : « *L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la con-* » *dition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage. — Il en est de* » *même de l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent* ».

Etudions successivement ces deux conséquences, en commençant dans un intérêt de méthode par celle que la loi indique en dernier lieu.

a. Une dot a été constituée à la femme en argent; le mari consent à recevoir un immeuble en paiement de cette dot. Cet immeuble ne sera pas dotal; il deviendra la propriété du mari, comme le serait devenue la somme d'argent qu'il remplace et dont le mari aurait pu exiger le paiement. Autrement, les conventions matrimoniales recevraient une grave atteinte, l'immeuble devenant dotal et par suite inaliénable.

b. « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal ». Cela est évident si l'acquisition a été faite par le mari en son nom, auquel cas il devient propriétaire de l'immeuble. En effet les immeubles du mari ne peuvent jamais être dotaux. Mais la solution est la même, au cas où l'acquisition a été faite par la femme, ou en son nom par le mari agissant comme mandataire ou même comme gérant d'affaire si la femme a ratifié. Dans tous ces cas, c'est la femme qui devient propriétaire (*infra* n. 447); mais l'immeuble acquis ne devient pas dotal : il demeure paraphernal. A moins cependant que l'acquisition n'ait été faite en exécution d'une *clause d'emploi* insérée dans le contrat de mariage : l'immeuble acquis avec les deniers dotaux est alors subrogé à ces deniers, et devient dotal en leur lieu et place.

369. La clause d'emploi est fréquente dans les contrats de mariage contenant stipulation du régime dotal; il faut en dire quelques mots.

Les indications du contrat de mariage doivent être suivies en ce qui concerne la nature des biens à acquérir à titre d'emploi. Si le contrat dit seulement *qu'il sera fait emploi des deniers dotaux,* sans autre explication, l'emploi doit être fait en immeubles. Voyez toutefois la loi de finances du 16 septembre 1871, art. 29 al. 1 et 2 (*supra* n. 71 *bis*).

Il faut aussi se référer au contrat de mariage pour les conditions à observer relativement à l'emploi. Dans le silence du contrat sur ce point, il y aurait lieu d'appliquer par analogie les règles écrites dans les art. 1434 et 1435, auxquelles il est vraisemblable que les parties ont entendu se référer, même la règle relative à l'acceptation de la femme (art. 1435), laquelle devrait être faite avant l'arrivée de l'un des événements qui donnent lieu à la restitution de la dot.

Si le prix de l'immeuble acquis à titre d'emploi dépasse le montant des deniers dotaux dont il devait être fait emploi, l'immeuble ne devient total que pour partie.

* La clause d'emploi est-elle opposable aux tiers, c'est-à-dire au constituant qui doit les deniers dotaux, ou au débiteur de la créance que la femme s'est constituée en dot? Ainsi un tiers, parent ou étranger, a constitué en dot à la femme une somme de 20,000 fr.; ou bien la femme s'est constitué en dot une créance de 20,000 fr.

qu'elle a contre un tiers. Il est dit dans le contrat qu'il devra être fait emploi en immeubles des 20,000 fr. formant le montant de la dot. Cette clause sera-t-elle opposable soit au constituant, soit au débiteur ? Si elle leur est opposable, ils ne seront valablement libérés qu'autant qu'il aura été fait emploi et bon emploi des deniers. Ils devront donc surveiller l'emploi ; et même, comme il pourrait arriver que le mari, après avoir reçu les deniers n'en fît pas emploi ou en fît mauvais emploi, ce qui engagerait leur responsabilité, ils pourront refuser de payer tant qu'on ne leur justifiera pas d'un emploi effectué par anticipation ; ainsi ils diront au mari : « Achetez d'abord un immeuble de 20,000 fr., et, quand vous aurez fait l'acquisition, si elle satisfait aux conditions prescrites par le contrat et par la loi, nous paierons directement les deniers entre les mains du vendeur ».

* On admet sans difficulté que la clause d'emploi est opposable aux tiers, lorsqu'il résulte clairement des termes du contrat de mariage que telle a été l'intention des parties : les conventions matrimoniales sont en effet en principe opposables aux tiers. Dans le silence du contrat, ou s'il ne s'explique pas clairement, la solution contraire semble devoir être admise. La règle en effet est que le mari a pleins pouvoirs pour toucher les deniers dotaux sans aucune condition, et on ne doit admettre de dérogation à cette règle que quand les parties s'en sont formellement expliquées. La clause d'emploi n'implique pas nécessairement une semblable dérogation, l'intention des parties ayant pu être d'imposer seulement au mari l'obligation de faire emploi des deniers dotaux, qu'on lui reconnaissait d'ailleurs le droit de toucher sans conditions. Dans le silence du contrat, les tiers sont autorisés à croire que le droit commun a été maintenu, et que par suite ils peuvent valablement se libérer entre les mains du mari.

370. Deuxième cas. « *Si la dot ou partie de la dot consiste en objets » mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation » n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire, et n'est débiteur » que du prix donné au mobilier* » (art. 1551).

Ainsi l'estimation, faite dans le contrat de mariage, de tout ou partie du mobilier dotal, emporte vente de ce mobilier au profit du mari, qui en devient par conséquent propriétaire, sous l'obligation de payer le prix d'estimation. *Æstimatio venditio est.* Telle a été vraisemblablement la volonté des parties, de la femme surtout qui a intérêt à transférer à son mari la propriété des objets mobiliers qu'elle apporte en dot et à devenir créancière de leur prix d'estimation, pour se décharger des risques et des diminutions de valeur résultant de l'usage ou même du seul effet du temps. Si les parties ont une volonté contraire, il faut qu'elles l'expriment.

La loi ne distinguant pas, on doit décider, bien que les motifs qui viennent d'être indiqués n'existent pas dans cette hypothèse ou n'existent plus qu'en partie, que la règle *Æstimatio venditio est* s'appliquerait, même aux créances mobilières dotales estimées par le contrat. Le mari en deviendrait donc propriétaire, sauf stipulation contraire. Et toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le contrat contienne véritablement une estimation de la créance, c'est-à-dire qu'il fixe la somme qui, dans l'esprit des parties, représente la valeur vénale de la créance, valeur qui dépend de la solvabilité du débiteur. Il ne suffirait donc pas toujours que le chiffre de la créance eût été indiqué dans le contrat, cette indication pouvant avoir été faite pour mieux désigner la créance. En cas de difficulté, les tribunaux apprécieront.

Les parties, nous l'avons dit, ont la faculté de déclarer que l'estimation donnée au mobilier n'emportera pas vente au profit du mari. Mais alors à quoi servira l'estimation? Sa principale utilité sera de servir de base à la détermination de l'indemnité due à la femme, si le mari fait périr par sa faute les objets mobiliers estimés.

371. Troisième cas. Le mari devient propriétaire des immeubles dotaux, qui ont été estimés par le contrat avec déclaration que l'estimation vaut vente. « *L'estimation donnée à l'immeuble constitué en dot* » *n'en transporte point la propriété au mari, s'il n'y en a déclaration* » *expresse* », dit l'art. 1552.

Ainsi, tandis que l'estimation donnée au mobilier dotal emporte vente au profit du mari, sauf stipulation contraire, l'estimation donnée aux immeubles dotaux n'emporte pas vente, à moins qu'il n'y en ait dans le contrat une déclaration expresse. Quelle est la raison de cette différence? La femme ayant intérêt à ce que son mari devienne propriétaire du mobilier dotal, on admet facilement que telle a été son intention. Au contraire, la femme ayant en général intérêt à conserver la propriété de ses immeubles dotaux, parce que les immeubles augmentent normalement de valeur par le bénéfice du temps et que peut-être d'ailleurs ce sont des biens de famille auxquels elle attache un grand prix d'affection, on admet plus difficilement qu'elle ait voulu en transférer la propriété à son mari : aussi la loi décide-t-elle que l'estimation n'emportera vente que s'il y en a déclaration expresse.

372. Dans tous les cas où l'estimation vaut vente, le mari est censé avoir acheté les objets estimés, moyennant un prix égal au prix d'estimation; il devient donc propriétaire de ces objets et débiteur du prix d'estimation. Doit-il payer ce prix immédiatement? Non; il le conserve jusqu'à l'événement qui donnera lieu à la restitution de la dot. La femme est censée avoir reçu de son mari le prix d'estimation et le lui avoir immédiatement remis à titre de dot; ou, plus simplement, il intervient entre les époux une convention tacite, en vertu de laquelle le mari est autorisé à garder à titre de dot la somme qu'il doit à titre d'achat, ce qui constitue une novation par changement de cause dans la dette. La créance de la femme est donc une créance dotale, et non une créance ayant sa source dans un contrat de vente.

* De là résultent deux conséquences :

* 1° La créance de la femme n'est pas garantie par le privilège du vendeur; le privilège résultant de la vente a été éteint par la novation. Arg. art. 1278;

* 2° Si l'estimation cause un préjudice à l'une des parties, parce qu'elle est trop forte ou trop faible, il n'y a jamais lieu à la rescision pour cause de lésion de la vente que cette estimation emporte. L'époux auquel l'estimation préjudicie sera considéré comme ayant entendu faire un avantage à l'autre. — Cette proposition est incontestable, quand l'estimation emportant vente s'applique à des objets mobiliers; car les ventes d'objets mobiliers ne sont jamais rescindables pour cause de lésion (arg. art. 1118 et 1674). — Elle paraît incontestable aussi, quand l'estimation emportant vente s'applique à un immeuble, et que la lésion existe au préjudice du mari, le prix de l'estimation étant exagéré. En effet le mari est acheteur, et la rescision pour cause de lésion n'a jamais lieu en faveur de l'acheteur (art. 1683). — Il y a quelque difficulté dans l'hypothèse inverse : celle où l'estimation emportant la vente d'un immeuble dotal préjudicie à la femme, parce qu'elle est au dessous de la véritable

valeur de l'immeuble. C'est le vendeur alors qui souffre la lésion, et il semble par suite que, si elle est de plus de sept douzièmes, elle devrait donner lieu à la rescision au profit de la femme (art. 1674). — Mais d'abord la vente ne constitue pas ici un acte isolé, elle se lie au contrat de mariage qui contient un ensemble de clauses ; le préjudice qu'elle cause à la femme est peut-être compensé par l'avantage que d'autres clauses du contrat lui procurent. En supposant que cette compensation n'existe pas, il est tout naturel d'admettre que la femme a entendu faire un avantage à son mari, qu'elle a voulu lui « donner la plus-value » (art. 1674). Cette donation, qui serait nulle dans une vente ordinaire, où elle ne serait la plupart du temps qu'un moyen d'éluder la loi, est certainement valable ici. D'ailleurs la femme ne peut pas être considérée comme ayant agi sous l'empire de la contrainte morale qui sert de fondement à l'action en rescision pour cause de lésion.

N° 2. **Droits du mari.**

373. Sauf les cas exceptionnels qui viennent d'être indiqués, la propriété des biens dotaux reste à la femme, et alors le mari n'a sur ces biens qu'un droit d'administration et un droit de jouissance. Occupons-nous de ces deux droits successivement.

I. *Droit d'administration.*

374. Aux termes de l'art. 1549 : « *Le mari seul a l'administration* » *des biens dotaux pendant le mariage. — Il a seul le droit d'en pour-* » *suivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts,* » *et de recevoir le remboursement des capitaux. — Cependant il peut* » *être convenu, par le contrat de mariage, que la femme touchera* » *annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour* » *son entretien et ses besoins personnels* ».

« *Le mari seul a l'administration des biens dotaux* ». Cette formule, plus énergique encore que celle de l'art. 1421, nous paraît s'opposer à ce que l'administration des biens dotaux puisse être valablement conférée à la femme par une clause du contrat de mariage. Une semblable stipulation est incompatible avec le régime dotal. Cpr. art. 1388 et *supra* n. 7 *b*. La partie finale de l'art. 1549 confirme cette solution. Il eût été bien inutile de dire que la femme peut stipuler le droit de toucher annuellement sur ses seules quittances une partie de ses revenus, si elle pouvait valablement convenir qu'elle aura le droit bien autrement étendu d'administrer les biens dotaux. La tradition et les travaux préparatoires sont en ce sens. V. en sens contraire Cass., 17 février 1886, Sir., 86. 1. 161. D'ailleurs la nullité de la clause n'empêcherait pas les époux d'être soumis au régime dotal qu'ils ont stipulé.

Les pouvoirs du mari dotal sont plus étendus que ceux du mari commun en biens, en ce qui concerne l'exercice des actions relatives à la dot, et cela à deux points de vue.

1° Tandis que le mari commun en biens ne peut exercer que les actions *mobilières* et *possessoires* de la femme (art. 1428), le mari dotal peut en principe exercer, tant en demandant qu'en défendant, toutes les actions appartenant à la femme relativement à ses biens dotaux, même les actions immobilières pétitoires. C'est ce qui résulte de ces mots de l'art. 1549 : « Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et

» détenteurs ». Les mots *poursuivre les* DÉBITEURS font allusion aux actions personnelles, et les mots *poursuivre les* DÉTENTEURS, aux actions réelles, mobilières ou immobilières, car la loi ne distingue pas.

2° Aux termes de l'art. 1428, le mari peut EXERCER SEUL les actions mobilières et possessoires de la femme : ce qui signifie que le mari peut exercer lesdites actions sans le concours de la femme, et n'exclut pas le droit pour la femme, autorisée comme de droit, de les exercer à titre d'actes conservatoires, si le mari reste sans agir. Au contraire, l'art. 1549 dit que le mari A SEUL LE DROIT *de poursuivre les débiteurs et détenteurs :* formule qui est exclusive du droit pour la femme d'agir à défaut du mari. Si l'inaction du mari met la dot en péril, la seule ressource de la femme sera de demander la séparation de biens, et elle recouvrera ainsi l'exercice de ses actions.

Il faut se borner à constater ces différences, sans chercher à les expliquer au point de vue rationnel ; on n'en voit pas d'autre cause que la diversité d'origine des deux régimes.

375. La règle, que le mari dotal peut exercer toutes les actions de la femme, souffre trois exceptions.

a. — La première, qui est l'objet d'une controverse, est relative à l'action en partage de biens dotaux indivis entre la femme et des tiers : le mari ne peut exercer cette action soit en demandant, soit en défendant, qu'avec le concours de sa femme. Ainsi la femme s'est constitué en dot ses biens à venir ; une succession lui échoit pendant le cours du mariage, et un partage est nécessaire parce que la femme a des cohéritiers. Le mari ne pourra pas intenter l'action en partage ou défendre à celle intentée par les cohéritiers de la femme, sans le concours de celle-ci, bien que l'action soit relative à des biens dotaux. L'exception résulte de l'art. 818, *in fine,* ainsi conçu : « ... à l'égard des objets *qui ne tombent pas en communauté,* le mari ne peut en » provoquer le partage sans le concours de sa femme ; il peut seulement, s'il a le » droit de jouir de ses biens, demander un partage provisionnel. — Les cohéritiers » de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le » mari et la femme ». Les biens dotaux sont des biens *qui ne tombent pas en communauté,* puisqu'il n'y a pas de communauté sous le régime dotal ; donc le texte que nous venons de transcrire leur est applicable. Sa disposition, qui est spéciale, doit être considérée comme dérogeant à celle de l'art. 1549, qui est générale, conformément à la règle *Specialia generalibus derogant.*

On objecte qu'à l'époque où a été rédigé l'art. 818, rien ne laissait pressentir que le régime dotal serait admis dans nos lois, que par suite ce régime n'a pu entrer à ce moment dans les prévisions du législateur de 1804. — Savoir si le législateur, en écrivant l'art. 818, pensait ou non au régime dotal, est chose difficile. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que les termes dont il s'est servi sont assez généraux pour comprendre même le régime dotal, et on est en droit de dire qu'il a employé à dessein une formule très compréhensive pouvant s'appliquer à tous les régimes dont il autoriserait plus tard l'adoption. Notre solution peut d'ailleurs être fortifiée par cette triple considération : — d'une part, que les actions en partage sont ordinairement soumises à des règles exceptionnelles ; — d'autre part, que, dans l'action en partage, à la différence de ce qui a lieu pour les autres actions dotales, le mari a un intérêt contraire à celui de la femme (il est intéressé à ce que le lot de la femme comprenne des valeurs mobilières et principalement de l'argent comptant, dont il

pourra disposer, tandis que la femme a intérêt à obtenir des immeubles qui seront inaliénables [art. 1554]; le législateur a donc pu craindre que le mari n'écoutât son intérêt plutôt que celui de sa femme); enfin, que telle était la solution admise dans notre ancien droit. — La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens.

b. — La deuxième exception résulte de l'art. 2208 al. 2, ainsi conçu : *Celle* (l'expropriation forcée) *des immeubles de la femme qui ne sont point entrés en communauté, se poursuit contre le mari et la femme, laquelle, au refus du mari de procéder avec elle, ou si le mari est mineur, peut être autorisée en justice.* Cette disposition, comme celle de l'art. 818, s'applique aux immeubles dotaux : cela résulte de la généralité de l'expression *qui ne sont point entrés en communauté.*

c. — Voici enfin la troisième exception : en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique d'un immeuble dotal, si la femme, assistée de son mari, n'accepte pas les offres de l'administration, l'instance en règlement de l'indemnité doit être introduite contre les deux époux. Arg. art. 13, 25, 28 de la loi du 3 mai 1841.

376. Sauf ce qui a été dit relativement aux actions dotales, les pouvoirs du mari comme administrateur des biens dotaux sont ceux d'un administrateur ordinaire; il faudrait en effet un texte pour lui en accorder de plus étendus, et ce texte n'existe pas.

Le mari devra donc, pour les baux des biens dotaux, se conformer aux règles prescrites par les art. 1429 et 1430.

De même, on doit décider que le mari ne pourrait pas aliéner les créances dotales, cet acte dépassant les pouvoirs d'un administratenr ordinaire. La jurisprudence, qui admet la solution contraire, invoque à l'appui l'art. 1549. Ce texte permet au mari de poursuivre les débiteurs de la dot et de recevoir le remboursement des capitaux; or, dit-on, le pouvoir de toucher une créance emporte celui d'en disposer en la cédant. — Rien n'est moins exact. Ainsi nous voyons que le tuteur peut toucher les créances appartenant à son pupille, et cependant il ne peut les céder; même situation pour le mari commun en biens. C'est qu'en effet aliéner une créance est quelque chose de plus grave que d'en toucher le montant. L'aliénation peut être un acte de mauvaise administration, si elle est faite à des conditions onéreuses ou si la créance est bonne et constitue un placement avantageux. D'autre part, le droit pour le mari d'aliéner les créances dotales constituerait pour la femme un danger beaucoup plus grave que le simple droit d'en recevoir le remboursement. En effet le remboursement s'opère à une époque fixe, qu'il ne dépend pas du mari d'anticiper; tandis que la cession pourrait avoir lieu à un moment quelconque, et offrirait au mari un moyen facile de se procurer de l'argent, qu'il pourrait employer à des spéculations dangereuses, compromettant ainsi sa fortune et celle de sa femme. On comprend donc à merveille que la loi permette au mari de toucher le montant des créances dotales (il faut bien que quelqu'un reçoive quand le débiteur veut payer), et qu'elle lui refuse le droit de les céder.

D'ailleurs, la loi autorisant dans les termes les plus généraux le mari à recevoir le remboursement des capitaux, on doit en conclure qu'il pourrait, non seulement toucher les créances dotales, mais encore recevoir le remboursement des rentes perpétuelles faisant partie de la dot, et du tout donner valable quittance.

La libération des débiteurs de deniers dotaux, qui paient entre les mains du mari, n'est subordonnée à aucune condition particulière, pas même la condition d'emploi, à moins que le contrat de mariage ne contienne une clause d'emploi qui leur soit opposable. Toutefois, si le mari était mineur, il ne pourrait valablement recevoir le remboursement des capitaux dotaux qu'avec l'assistance de son curateur, qui devrait surveiller l'emploi du capital reçu (arg. art. 482). Il impliquerait en effet contradic-

tion que le mari eût une capacité plus grande pour recevoir les capitaux dotaux que pour toucher ceux qui lui appartiennent.

377. Les règles du droit commun devraient aussi, sauf les exceptions résultant d'un texte, être appliquées au mari en ce qui concerne sa responsabilité à raison des fautes qu'il commettrait dans sa gestion. Par application de ce principe, l'art. 1562 al. 2 décide que le mari « *est responsable de toutes prescriptions acquises et détériorations sur-* » *venues* PAR SA NÉGLIGENCE ».

Les mots *par sa négligence* paraissent s'appliquer aux prescriptions acquises aussi bien qu'aux détériorations survenues. Il serait donc difficile de considérer le mari comme responsable à raison d'une prescription qui était imminente lors du mariage et qui s'est accomplie contre la femme quelques jours après sa célébration. La plupart du temps, en pareil cas, le mari ne sera pas en faute, et par suite ne sera pas responsable, parce qu'il n'aura pas eu le temps moralement nécessaire pour se mettre au courant des intérêts de sa femme.

Le mari est-il responsable de l'insolvabilité des débiteurs de deniers dotaux? Oui, s'il est en faute, c'est-à-dire s'il est prouvé qu'il aurait pu obtenir le paiement à l'aide de poursuites exercées en temps utile. Et toutefois cette règle, qui doit être appliquée dans toute sa rigueur au cas où il s'agit d'une créance que la femme s'est constituée en dot, serait susceptible de quelques tempéraments, si le débiteur des deniers dotaux était un donateur, surtout s'il est proche parent. On conçoit que le mari puisse être obligé moralement d'user dans ce cas de certains ménagements.

378. Bien que la conservation de la dot soit assurée d'une façon toute particulière sous le régime dotal, il peut arriver cependant que la dot soit mise en péril par la mauvaise administration du mari, par exemple s'il démolit des maisons ou s'il abat des bois de haute futaie. La femme peut alors demander la séparation de biens. « *Si la dot est* » *mise en péril, la femme peut poursuivre la séparation de biens, ainsi* » *qu'il est dit aux articles* 1443 *et suivants* », dit l'art. 1563. Par suite de la séparation de biens, la femme recouvre l'administration (1) et la jouissance de ses biens dotaux, ainsi que l'exercice des actions dotales. De plus, la séparation de biens fait cesser l'imprescriptibilité des immeubles dotaux (art. 1561). Les règles du droit commun devraient d'ailleurs être appliquées en ce qui concerne la contribution de la femme aux charges du mariage (art. 1448) et le rétablissement des conventions matrimoniales (art. 1451).

II. *Droit de jouissance.*

379. Le mari a le droit de jouir de tous les biens dotaux jusqu'à l'arrivée de l'événement qui donnera lieu à la restitution de la dot. Il est usufruitier de la dot. La loi ne le dit pas en termes exprès, ces mots de l'art. 1549, *Il a seul le droit d'en... percevoir les fruits et les*

(1) La femme peut donc recevoir le remboursement de ses capitaux dotaux, sans être tenue de justifier d'aucun emploi, à moins que le contrat de mariage ne rende l'emploi obligatoire. Cass., 8 janvier 1877, Dall. pér., 1878. 1. 462.

intérêts, paraissant se référer au droit d'administration plutôt qu'au droit d'usufruit; mais elle le dit implicitement, en déclarant dans l'art. 1562 que le mari est soumis à toutes les obligations de l'usufruitier, et en consacrant à son profit dans l'art. 1568, que nous expliquerons tout à l'heure, l'existence d'un des droits les plus importants et les plus exorbitants de l'usufruitier.

Les droits et les obligations du mari en qualité d'usufruitier des biens dotaux, sont, en principe, et sauf les exceptions qui seront signalées bientôt, les mêmes que ceux d'un usufruitier ordinaire.

380. Parlons d'abord de ses *droits.*

Conformément au principe qui vient d'être établi, le mari a droit à tous les fruits des biens dotaux, sans distinction entre les fruits naturels, industriels et civils. Si parmi les biens dotaux il existe une rente viagère ou un usufruit, le mari a le droit de percevoir tous les arrérages de la rente viagère (art. 588) ou tous les produits de l'usufruit, sans être tenu à aucune restitution. « *Si un usufruit a été cons-* » *titué en dot* », dit l'art. 1568, « *le mari ou ses héritiers ne sont obligés,* » *à la dissolution du mariage, que de restituer le droit d'usufruit, et* » *non les fruits échus durant le mariage* ». Pour le cas où la dot com- » prendrait des biens mobiliers qui se détériorent par l'usage, on appliquerait l'art. 589 ; si elle comprend des bois taillis ou des futaies, on appliquera les art. 590 à 593 ; si elle comprend des carrières, l'art. 598...

On sait que, comme contre-partie de son droit de jouissance sur les biens dotaux, le mari est tenu de subvenir aux charges du mariage, et que toutes les économies qu'il réalise après avoir satisfait à ces charges lui appartiennent.

381. En ce qui concerne les *obligations* du mari comme usufruitier des biens dotaux, il existe un texte formel consacrant le principe que nous avons établi tout à l'heure. C'est l'art. 1562 al. 1, ainsi conçu : « *Le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux, de toutes les obligations de* » *l'usufruitier* ».

Donc, aux termes de l'art. 600, le mari devra, avant d'entrer en jouissance, faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles dotaux, sauf exception toutefois en ce qui concerne les meubles et les immeubles dont il devient propriétaire en vertu d'une estimation faite dans le contrat de mariage (art. 1551 et 1552). A défaut d'inventaire, la femme pourrait établir par tous les moyens possibles, c'est-à-dire non seulement par titres, mais encore par témoins et même, suivant quelques-uns, par la commune renommée, la consistance et la valeur du mobilier dont elle a le droit d'exercer la reprise. Arg. art. 600 et 1504 combinés.

Le mari serait encore tenu : de faire à ses frais les réparations d'entretien (art. 605); de supporter les contributions et autres charges annuelles des fruits des fonds dotaux (art. 608), de contribuer aux charges imposées à la propriété de ces mêmes fonds pendant la durée de l'usufruit (art. 609); de supporter en tout ou en partie les intérêts des dettes de la femme, lorsque la constitution de dot est universelle ou à titre universel (art. 612).....

382. Il reste à signaler les différences qui existent entre l'usufruit du mari dotal et un usufruit ordinaire.

1° L'usufruitier ordinaire est tenu de fournir caution, à moins qu'il n'en soit dispensé par le titre constitutif de l'usufruit (art. 601); au contraire, aux termes de l'art. 1550 : « *Le mari n'est pas tenu de fournir » caution pour la réception de la dot, s'il n'y a pas été assujetti par le » contrat de mariage* ». Au point de vue de la caution, la situation du mari dotal est donc exactement inverse de celle d'un usufruitier ordinaire. Quel est le fondement de cette faveur? Le législateur a sans doute considéré que l'obligation de fournir caution eût été blessante pour le mari : « *Si enim credendam sese mulier existimavit, quare fidejussor ut causa perfidiæ in connubio generetur,* dit la loi romaine. D'ailleurs l'intérêt public exige que les cautionnements ne soient pas trop multipliés.

2° L'usufruit ordinaire est cessible (art. 595). Au contraire, suivant l'opinion générale, l'usufruit du mari dotal est incessible; il constitue en effet un attribut de la puissance maritale, et ne peut pas plus être cédé que cette puissance elle-même.

D'ailleurs, l'art. 1549 paraît considérer le droit aux fruits et intérêts de la dot comme exclusivement attaché à la personne du mari; car il dit que le mari a *seul* le droit de les percevoir. Enfin, si le mari pouvait céder son droit de jouissance, il ne pourrait le transmettre que tel qu'il lui appartient, c'est-à-dire que le droit cédé prendrait fin entre les mains du cessionnaire par tout événement qui y mettrait fin entre les mains du mari, par toutes les causes d'extinction propres à cet usufruit, et notamment par la séparation de biens. Or, la plupart du temps, la cession par le mari de son droit d'usufruit pourrait être considérée comme une cause de séparation de biens; cette cession mettrait en effet la dot en péril, en ce sens qu'elle détournerait les revenus de la dot de leur destination légale, qui est de subvenir aux charges du mariage. Il arriverait donc que le fait qui donne naissance au droit du cessionnaire, servirait en même temps de cause à son extinction.

Si l'on admet que l'usufruit du mari dotal ne peut pas être cédé, il faut admettre aussi qu'il ne peut pas être hypothéqué quand il porte sur des immeubles, ni saisi par les créanciers du mari. A tous ces points de vue, l'usufruit du mari dotal ressemble à l'usufruit paternel. Cpr. t. I, n. 980.

C'est seulement le droit d'usufruit du mari qui ne peut être cédé ni saisi ; il en est autrement des fruits perçus par le mari. Ces fruits font partie de son patrimoine, et sont régis par les mêmes règles que les autres biens qui lui appartiennent.

Toutefois une jurisprudence qu'il est assez difficile de justifier, ne permet au mari de céder, et à ses créanciers de saisir, que la portion des revenus des biens dotaux qui reste libre une fois qu'il a été satisfait aux charges du mariage. Cass., 14 août 1883, Sir., 86. 1. 37.

3° L'usufruitier ordinaire acquiert les fruits naturels ou industriels par la perception, et les fruits civils jour par jour (art. 586). Le mari dotal acquiert tous les fruits, de quelque nature qu'ils soient, jour par jour (art. 1571).

4° L'usufruitier ordinaire n'a droit à aucune indemnité à raison des coupes de bois qu'il a négligé de faire, et généralement des récoltes qu'il a omis de recueillir pen-

dant la durée de l'usufruit. Le mari dotal au contraire aurait droit à indemnité de ce chef; c'est du moins ce qu'on peut induire de l'art. 1571, qui proportionne exactement à la durée du mariage la quantité de fruits à laquelle le mari a droit.

5° L'usufruitier ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il a faites (art. 599). On admet généralement qu'il en est autrement du mari dotal. En effet le mari dotal joint à la qualité d'usufruitier celle d'administrateur des biens dotaux ; or un administrateur a droit à indemnité, au moins jusqu'à concurrence de la plus-value produite, pour les dépenses qu'il a faites en vue d'améliorer les biens confiés à ses soins. D'ailleurs le mari dotal, peut dire, à la différence d'un usufruitier ordinaire, qu'il n'a pas fait les dépenses d'amélioration dans son intérêt, mais dans celui du nu propriétaire, ou tout au moins dans l'intérêt de l'un et de l'autre à la fois ? Mais le mari n'acquiert qu'un droit de créance à raison des améliorations par lui faites sur les biens dotaux, jamais un droit de copropriété, même quand il s'agit de constructions. En effet les constructions s'incorporent au fonds et deviennent dotales comme lui. Lyon, 11 mars 1886, Sir., 88, 2. 7.

6° A la différence d'un usufruitier ordinaire (art. 605), le mari dotal est tenu de faire aux biens dotaux les grosses réparations qui deviennent nécessaires pendant la durée de sa jouissance. Il en est tenu en sa qualité d'administrateur ; mais il a droit au remboursement intégral des sommes qu'il a dépensées dans ce but.

§ II. *De l'inaliénabilité du fonds dotal.*

N° 1. Principe.

383. Aux termes de l'art. 1554 : « *Les immeubles constitués en dot ne » peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, » ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui » suivent* ».

Que le fonds dotal ne puisse pas être aliéné par le mari *seul,* c'est-à-dire sans le concours de sa femme, cela allait de soi; car le mari n'est pas propriétaire du fonds dotal, et le propriétaire seul peut aliéner. Le principe de l'inaliénabilité n'est pas alors en cause; il n'entre en scène que lorsque l'aliénation émane de la femme. La femme est propriétaire du fonds dotal; mais elle ne peut pas l'aliéner pendant toute la durée du mariage, parce qu'il est inaliénable. Le concours du mari à l'aliénation ne la sauverait pas de la nullité : l'autorisation du mari relève bien la femme de l'incapacité dont elle est frappée comme épouse, mais elle ne lève pas l'obstacle résultant de l'inaliénabilité. Que si la femme a aliéné le fonds dotal sans autorisation, l'aliénation est nulle à raison de l'inaliénabilité du bien, d'une part, et à raison de l'incapacité de l'aliénateur, d'autre part. Il y a donc alors deux causes de nullité, qui ne doivent pas être confondues; car elles ont chacune leurs règles spéciales : notamment la nullité, qui a son fondement dans l'inaliénabilité, n'est pas susceptible de se couvrir pendant le mariage, tandis qu'il en est autrement de celle fondée sur l'incapacité de la femme. V. t. I, n. 652.

L'immeuble dotal est inaliénable pendant toute la durée du mariage

(art. 1554), par conséquent même après la séparation de corps ou de biens. Mais l'inaliénabilité cesse au moment de la dissolution du mariage; d'où il faut conclure que la femme peut disposer de ses biens dotaux par testament, car l'aliénation par testament n'est censée consommée que par la mort du testateur : elle est donc, dans l'espèce, postérieure ou tout au moins concomitante à la dissolution du mariage.

D'ailleurs la prohibition d'aliéner, étant formulée par la loi dans les termes les plus généraux, s'applique à tous les actes de disposition entre vifs, soit à titre onéreux, tels que la vente, l'échange, la transaction (arg. art. 2045), soit à titre gratuit, tels que la donation et même, sauf controverse, l'institution contractuelle. Cass., 8 mai 1877, Sir., 77. 1. 252, et 25 avril 1887, Sir., 87. 1. 320.

* Le principe de l'inaliénabilité s'oppose-t-il à ce qu'il soit procédé à l'amiable au partage de biens dotaux indivis avec des tiers? Nous ne le croyons pas, soit parce que le partage n'est pas considéré dans notre droit comme un acte d'aliénation (art. 883), soit parce que c'est une aliénation nécessaire. *Adde* arg. art. 838, qui énumère, sans mentionner le nôtre, les cas dans lesquels le partage ne peut être fait à l'amiable. D'ailleurs l'argument tiré du principe d'inaliénabilité s'appliquerait au partage judiciaire aussi bien qu'au partage amiable. Les biens dotaux indivis avec des tiers seraient donc impartageables, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle prévue par l'art. 1558 al. 6, ce qui est évidemment inadmissible (arg. art. 815).

384. Les immeubles dotaux étant inaliénables, on doit en conclure :

1° Que la femme ne peut pas, pendant le cours du mariage, renoncer à l'hypothèque légale qui assure la restitution de sa dot immobilière, par exemple à l'hypothèque légale garantissant le paiement de l'indemnité dont le mari est débiteur pour avoir fait subir des détériorations à l'immeuble dotal ou pour l'avoir laissé perdre par la prescription, ni subroger un créancier dans cette hypothèque. Cass., 3 décembre 1883, Sir., 84. 1. 232.

2° Que les immeubles dotaux ne peuvent pas être saisis, même après la dissolution du mariage, pour l'exécution des obligations contractées pendant son cours par le mari ou par la femme ou par les deux conjointement. De même que celui auquel un immeuble dotal a été vendu pendant le cours du mariage ne peut pas exiger l'exécution du contrat, même après la dissolution du mariage, de même un créancier, dont les droits résultent d'un contrat passé avec les époux pendant le mariage, ne peut pas, même après sa dissolution, saisir les immeubles dotaux pour obtenir son paiement. Entendue autrement, la règle de l'inaliénabilité serait illusoire, puisque les époux auraient un moyen facile de l'éluder. Caen, 7 juillet 1869, s. Cass., Sir., 73. 1. 366, et Cass., 24 mars 1885, Sir., 85. 1. 220.

Ce que nous venons de dire des obligations résultant d'un contrat devrait être étendu aux obligations ayant leur source dans un quasi-contrat, au moins si la femme y a joué un rôle actif. Il en est autrement des obligations nées d'un délit ou d'un quasi-délit commis par la femme pendant le cours du mariage : l'exécution pourrait en être poursuivie sur les immeubles dotaux, au moins sur la nue propriété,

le droit de jouissance du mari devant être respecté (Cass., 27 février 1883, Sir., 84. 1. 185, et 23 novembre 1885 Sir., 86. 1. 5; Lyon, 19 mai 1886, Sir., 88. 2. 134). La femme ne peut pas s'assurer, par la stipulation du régime dotal, le droit de nuire impunément à autrui : une semblable stipulation serait immorale; on doit supposer qu'il a été sous-entendu dans le contrat qu'il y aurait pour ce cas exception à la règle de l'inaliénabilité.

Les immeubles dotaux peuvent être également saisis pour l'exécution des obligations légales, par exemple pour le paiement des impôts ou des droits de mutation, dus par la femme (Caen, 18 juin 1880, Sir., 81. 2. 1).

385. Il ne faudrait pas conclure de ce qui vient d'être dit au numéro précédent que le régime dotal, avec l'inaliénabilité qui y est attachée, met la femme, autorisée comme de droit, dans l'impossibilité de contracter une obligation valable; il a seulement pour résultat de soustraire la dot aux conséquences des engagements que la femme contracte pendant la durée du mariage. En d'autres termes, la femme dotale peut s'obliger valablement, tout aussi bien que la femme mariée sous un autre régime, mais elle ne peut pas obliger sa dot inaliénable. L'obligation n'est pas pour cela nécessairement frappée d'inefficacité. En effet, d'une part, si le créancier ne peut pas la ramener à exécution sur les biens dotaux inaliénables, il peut s'attaquer à d'autres biens de la femme, à ses paraphernaux, aux biens qui lui surviendront après la dissolution du mariage, et d'autre part si les héritiers de la femme acceptent sa succession purement et simplement, ils seront tenus sur tous leurs biens personnels de l'exécution des obligations dont il s'agit. Cass., 24 mars 1885, Sir., 85. 1. 220.

L'inaliénabilité des immeubles dotaux cessant avec le mariage, il va de soi que ces immeubles pourraient être saisis pour l'exécution des obligations contractées par la femme après la dissolution du mariage. Cass., 7 juin 1882, Sir., 85. 1. 220.

385 *bis.* L'inaliénabilité des immeubles dotaux peut-elle être opposée aux créanciers de la femme antérieurs au mariage, à l'effet de paralyser la saisie qu'ils voudraient pratiquer sur ces immeubles? Il faut distinguer.

Les biens dotaux qui ont été donnés à titre particulier à la femme par contrat de mariage, échappent au droit de gage de ses créanciers. En effet ils sont entrés dans son patrimoine frappés d'inaliénabilité.

Il en est autrement des biens que la femme elle-même s'est constitués en dot. Par la stipulation d'inaliénabilité, la femme n'a pas pu les soustraire au droit de gage de ses créanciers. Ceux-ci conserveront donc le droit de les saisir. Et toutefois il faut pour cela que leur créance ait date certaine antérieure au contrat de mariage (arg. art. 1558 al. 4 et *infra* n. 395). D'un autre côté, si la constitution de dot a été faite à titre particulier, ils ne pourront saisir que la nue propriété des biens ainsi constitués; le droit d'usufruit résultant pour le mari de la constitution de dot, devra être respecté.

386. L'interdiction d'aliéner les immeubles dotaux entraîne par voie de conséquence l'interdiction de les grever d'autres droits réels, tels qu'usufruit, servitude, etc. Si la loi ne parle que de l'hypothèque (art.

1554), c'est sans doute parce qu'elle est le plus considérable de tous les droits réels.

Cependant le fonds dotal reste assujetti aux servitudes légales d'utilité publique ou privée : elles constituent le droit commun de la propriété foncière en France. Ainsi le fonds dotal serait soumis, le cas échéant, à la servitude de halage et de marchepied, à la servitude de passage en cas d'enclave (art. 682), à la servitude d'appui établie par la loi du 23 juillet 1847, à la servitude d'aqueduc établie par la loi sur le drainage du 10 juin 1854.

N° 2. Exceptions au principe.

387. Le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal souffre plusieurs exceptions. On peut les répartir en trois catégories, suivant qu'elles résultent : 1° des conventions matrimoniales; 2° de dispositions du code civil; 3° de dispositions législatives étrangères au code civil.

I. *Exceptions résultant des conventions matrimoniales.*

388. Aux termes de l'art. 1557 : « *L'immeuble dotal peut être aliéné » lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage* ». Cette disposition était inutile en présence de l'art. 1387, qui autorise dans les contrats de mariage toutes les stipulations non contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public; or aucun doute ne pouvait s'élever sur la validité de la clause qui déclare les immeubles dotaux aliénables, puisqu'elle ne constitue qu'un retour au droit commun. Il en serait de même de la clause qui autoriserait les époux à hypothéquer les immeubles dotaux, bien que le silence de l'art. 1557 fasse naître un léger doute sur ce point. Après quelques hésitations, cette solution a définitivement triomphé tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Toute clause d'un contrat de mariage, qui déroge au principe de l'art. 1554, doit être interprétée restrictivement. En effet une semblable clause a nécessairement pour résultat d'enlever à la femme une partie des garanties qu'elle a voulu s'assurer par la stipulation du régime dotal ; on doit donc s'il y a doute l'entendre dans le sens le moins défavorable à la femme, par conséquent dans le sens le plus restrictif.

Ainsi la clause, qui autorise la vente d'un immeuble dotal, ne permettra pas de l'aliéner par voie d'échange, et réciproquement. Il en serait autrement de la clause qui autorise l'*aliénation*. De même la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux, concédée par une clause du contrat, n'entraîne pas celle de les aliéner. Réciproquement la faculté d'aliéner n'entraîne pas celle d'hypothéquer. A certains points de vue d'ailleurs, la faculté d'hypothéquer est plus dangereuse que celle d'aliéner, parce qu'on n'aperçoit pas aussi bien le danger de l'hypothèque, qui apparaît dans un avenir lointain, que celui de l'aliénation, dont les conséquences se font immédiatement sentir. Après quelques oscillations, la jurisprudence est fixée dans ce sens (Caen, 1er avril 1876, Sir., 76. 2. 291). De même encore la clause, qui autorise l'aliénation des immeubles dotaux, n'autoriserait pas la femme à contracter des obligations exécutoires sur ces mêmes immeubles. Enfin la cour de Lyon a pu juger exactement, par application de notre principe, que la réserve faite par la femme *de consentir toutes ventes, tous échanges, tous partages, liquidations, compromis, transactions, restrictions et main-levées d'hypothèques*, n'emporte pas pour elle le droit

de renoncer à son hypothèque légale en y subrogeant un créancier (Lyon, 3 février 1883, Sir., 85. 2. 154).

388 *bis*. La clause du contrat de mariage, qui autorise l'aliénation des immeubles dotaux, ne l'autorise le plus souvent qu'à charge de remploi. Le remploi est alors une condition de validité de l'aliénation, et par conséquent l'acquéreur, intéressé au maintien de son acquisition, a le droit de ne payer son prix qu'autant qu'on lui justifie d'un emploi régulier. Cpr. Cass., 3 avril 1883, Sir., 84. 1. 285,

Le remploi demeure d'ailleurs soumis aux règles générales prescrites par les art. 1434 et 1435, qui forment le droit commun de la matière (*supra* n. n. 61 à 71 *bis* et 369), sauf bien entendu les dérogations résultant du contrat de mariage. Cpr. arrêt précité. Il peut être effectué pendant toute la durée du mariage, même après la séparation de corps ou de biens.

L'immeuble acquis en remploi est subrogé à l'immeuble aliéné. Il devient donc dotal comme lui et aliénable sous condition de remploi.

II. *Des exceptions établies par le code civil.*

388 *ter*. Ces exceptions sont prévues par les art. 1555, 1556, 1558 et 1559 dont les dispositions sont limitatives. Cass., 25 janvier 1887, Dall., 87. 1. 473. V. cependant *supra* n. 384.

389. *a*. — Aux termes de l'art. 1555 : « *La femme peut, avec l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur; mais, si elle n'est autorisée que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari* ».

Ainsi, la femme peut donner ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfants d'un autre lit. Mais elle doit pour cela, conformément au droit commun, être autorisée de son mari ou à son défaut de la justice. Avec l'autorisation de son mari, elle peut donner ses biens dotaux en toute propriété; avec l'autorisation de la justice, au refus du mari, elle ne peut donner que la nue propriété de ces mêmes biens, l'usufruit qui appartient au mari ne pouvant pas être aliéné sans son consentement.

390. *b*. — Aux termes de l'art. 1556 : « *Elle* [la femme] *peut aussi, avec l'autorisation de son mari, donner ses biens dotaux pour l'établissement de leurs enfants communs* ». Il est impossible de ne pas remarquer la différence de rédaction qui existe entre cet article et le précédent. Tandis que l'art. 1555, statuant sur l'hypothèse où il s'agit de l'établissement des enfants d'un autre lit de la femme, lui permet de donner ses biens dotaux en vue de cet établissement, soit avec l'autorisation du mari, soit, sur son refus, avec l'autorisation de justice, l'art. 1556, statuant sur le cas où il s'agit de l'établissement des enfants communs, ne permet à la femme de donner ses biens dotaux pour cet établissement qu'avec l'autorisation du mari; et de là on a conclu très justement que l'autorisation refusée par le mari ne pourrait pas être accordée par la justice. La raison de cette différence s'aperçoit facile-

ment. La loi suppose que le refus du mari d'autoriser la donation des biens dotaux ne sera jamais injuste, quand les enfants à l'établissement desquels il s'agit de pourvoir sont des enfants communs, par conséquent ses propres enfants. Au contraire, on pouvait craindre que le mari ne se montrât partial, lorsque les enfants qu'il s'agit de doter sont des enfants d'un autre lit de la femme; il eût été dangereux de laisser le sort de ces enfants à la discrétion d'un beau-père. Voilà pourquoi le *veto* du mari, qui est sans appel dans le premier cas, est susceptible de recours dans le second.

Si l'on prend soin de ne pas isoler l'art. 1556 du précédent, dont il est une suite naturelle, on voit que la décision qu'il sous-entend se réduit à ceci : « Lorsque la femme veut donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs, l'autorisation qui lui est *refusée par le mari* ne peut pas lui être accordée par la justice ». L'article ne fait donc pas obstacle à ce que la justice autorise la femme à donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs, au cas d'absence ou d'interdiction du mari (arg. art. 222 et 1427).

391. Voici maintenant quelques observations qui s'appliquent à l'art. 1555 et à l'art. 1556 :

1° Le mot *enfants* comprend tous les descendants, et non pas seulement ceux du premier degré;

2° Le mot *établissement* désigne dans nos deux articles, non seulement l'établissement par mariage, mais aussi tout autre établissement (arg. art. 204). Les biens dotaux pourraient donc être donnés pour pourvoir à l'établissement d'un enfant comme notaire, comme industriel, comme commerçant, comme artisan...., aussi bien que pour pourvoir à son établissement par mariage, mais non pour augmenter l'aisance d'enfants déjà mariés et dotés. Toulouse, 31 décembre 1883, Sir., 84. 2. 113.

3° On admet généralement que, dans les deux hypothèses prévues par les art. 1555 et 1556, la femme pourrait être autorisée, non seulement à donner ses biens dotaux, mais aussi à les vendre, pour fournir à l'enfant la somme nécessaire à son établissement : ce qui est plus simple, et plus avantageux au point de vue des droits fiscaux à payer, que de donner à l'enfant un immeuble dotal, qu'il vendrait ensuite lui-même. Et toutefois, cette solution ne va pas sans difficulté, les immeubles dotaux étant inaliénables en principe et la loi n'en autorisant ici que la donation. En supposant qu'elle doive être admise, il y a lieu de décider que la validité de l'aliénation est subordonnée à la condition que le prix sera employé à l'établissement de l'enfant. L'acquéreur devra donc veiller à ce que cette condition soit remplie, et il fera même prudemment de payer son prix directement entre les mains de l'enfant, à l'établissement duquel il s'agit de pourvoir;

4° Dans les hypothèses prévues par nos deux articles, la femme pourrait être valablement autorisée à emprunter la somme nécessaire à l'établissement de l'enfant, avec hypothèque sur ses biens dotaux (Cass., 23 juin 1880, Sir., 81. 1. 78). On objecte que les art. 1555 et 1556 n'autorisent que la donation ; la constitution d'hypothèque demeure donc interdite d'après l'art. 1554. L'art. 7 du code de commerce fournit la réponse à cet argument.

392. *c.* — L'aliénation des immeubles dotaux est encore autorisée dans des cas assez nombreux prévus par l'art. 1558, ainsi conçu : » *L'immeuble dotal peut encore être aliéné avec permission de justice, et* » *aux enchères, après trois affiches, — Pour tirer de prison le mari ou*

» *la femme; — Pour fournir des aliments à la famille dans les cas pré-* » *vus par les articles* 203, 205 *et* 206, *au titre* du Mariage; — *Pour* » *payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lors-* » *que ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage;* » — *Pour faire de grosses réparations indispensables pour la conservation* » *de l'immeuble dotal; — Enfin lorsque cet immeuble se trouve indivis* » *avec des tiers, et qu'il est reconnu impartageable* ».

Dans les cinq hypothèses prévues par ce texte, l'aliénation de l'immeuble dotal ne peut avoir lieu qu'après autorisation de la justice. Cette autorisation ne doit être accordée que *cognita causa,* c'est-à-dire lorsqu'il est démontré que l'on se trouve bien dans l'un des cas où la loi autorise exceptionnellement l'aliénation. A ce point de vue, l'autorisation du mari n'aurait pas offert les mêmes garanties; trop souvent elle eût été accordée en dehors des cas prévus par la loi. C'est la femme qui doit demander et obtenir l'autorisation de la justice; car c'est elle qui aliène, puisqu'elle est propriétaire. Le tribunal compétent pour accorder l'autorisation est, suivant l'opinion générale, le tribunal du domicile des époux, conformément au droit commun (C. pr. art. 59), et non le tribunal de la situation de l'immeuble qu'il s'agit d'aliéner. Le consentement du mari est nécessaire pour que la femme puisse aliéner la toute propriété de ses immeubles dotaux; sans ce consentement, la femme ne pourrait aliéner que la nue propriété.

D'autre part, dans tous les cas prévus par l'art. 1558, l'aliénation ne peut avoir lieu qu'aux enchères et après affiches, jamais à l'amiable, à la différence de ce qui a lieu dans les cas prévus par les articles précédents. La raison en est qu'ici l'aliénation a lieu pour satisfaire à des nécessités plus ou moins urgentes, et la loi craint que, pressés par le besoin d'argent, les époux n'aliènent à des conditions désavantageuses; c'est pourquoi elle exige la garantie des enchères et des affiches. Voyez pour les détails l'art. 997 du code de procédure civile.

Cela posé, passons en revue les divers cas prévus par l'art. 1558.

393. Premier cas. « *Pour tirer de prison le mari ou la femme* ». Il s'agit de la prison pour dettes (Caen, 28 mars 1881, Sir., 82. 2. 81).

Ce premier cas a perdu presque tout son intérêt pratique, depuis que la contrainte par corps a été abolie en matière civile, commerciale et contre les étrangers, par la loi du 22 juillet 1867. Il pourrait recevoir encore son application, si l'un des époux se trouvait soumis à la contrainte par corps pour une dette née d'un délit, ou s'il s'agissait de payer la rançon du mari prisonnier chez l'ennemi.

394. Deuxième cas. « *Pour fournir des aliments à la famille dans les* » *cas prévus par les articles* 203, 205 *et* 206, *au titre* du Mariage ». On

est d'accord pour reconnaître que l'aliénation de la dot pourrait aussi être autorisée pour procurer des aliments aux époux eux-mêmes. Le législateur n'a pas renvoyé au texte d'où résulte l'obligation alimentaire entre époux (art. 212), parce que ce texte ne la crée pas directement.

* A raison de sa nature exceptionnelle, la disposition qui nous occupe ne saurait être étendue au cas où il s'agirait, moins de fournir des aliments à la famille que de venir en aide au mari en lui facilitant l'accomplissement de ses engagements envers ses créanciers. Cass., 27 novembre 1883, Sir., 84. 1. 161. Au contraire, l'aliénation de la dot pourrait être autorisée en vue du paiement des dettes du mari, si ce paiement était nécessaire pour lui permettre de conserver un établissement, par exemple une ferme ou un office ministériel, qui constitue sa seule ressource et dont les produits font vivre la famille. Caen, 17 juillet et 28 août 1884, Sir., 85. 2. 87.

395. Troisième cas. *Pour payer les dettes de la femme ou de ceux » qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage* ». L'aliénation de l'immeuble dotal ne peut être autorisée qu'autant que les dettes qu'il s'agit de payer ont une date certaine antérieure au contrat de mariage; il ne suffirait pas qu'elles eussent date certaine antérieure au mariage. La loi assimile donc ici les dettes contractées avant le mariage, mais depuis le contrat, à celles nées pendant le cours du mariage : l'aliénation de l'immeuble dotal ne peut pas plus être autorisée pour le paiement des premières que pour celui des secondes. Et c'est avec raison; car autrement la femme aurait pu, en contractant des dettes dans l'intervalle du contrat à la célébration, grever les immeubles qu'elle s'est constitués en dot par le contrat, et qui d'après ce contrat doivent être inaliénables, modifiant ainsi les conventions matrimoniales sans l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 1396.

Il est incontestable que la justice peut autoriser l'aliénation de l'immeuble dotal, pour le paiement d'une dette soit de la femme, soit du constituant, à raison de laquelle le créancier a action sur cet immeuble, par exemple pour le paiement d'une dette hypothécaire inscrite sur l'immeuble dotal antérieurement à la date du contrat de mariage (*supra* n. 385 *bis*). En pareil cas, le créancier ne manquera pas de saisir l'immeuble dotal, s'il ne peut obtenir son paiement à l'amiable. Pourquoi obliger la femme à subir les humiliations et les frais d'une expropriation forcée ? Autant vaut prévenir les poursuites du créancier par une aliénation volontaire, qui se fera à de moindres frais et probablement à des conditions plus avantageuses. La justice autorisera cette aliénation, et le prix qui en proviendra sera employé au paiement du créancier.

Mais c'est une question délicate que celle de savoir si la justice peut autoriser l'aliénation de l'immeuble dotal pour le paiement d'un créancier, dont la créance, bien qu'elle ait date certaine antérieure au contrat de mariage, ne lui permet pas de saisir les biens dotaux de la femme, par exemple pour le paiement de dettes du constituant, dont la femme n'est tenue ni personnellement ni hypothécairement. Le texte de la loi favorise la solution affirmative; car il ne contient aucune restriction. D'ailleurs, la femme peut se croire moralement tenue de payer les dettes du consti-

tuant, dont elle est le plus souvent la fille ou la nièce, et on comprend que la loi ait voulu favoriser le généreux élan qui la guide, en permettant à la justice d'autoriser pour une cause aussi sacrée l'aliénation de la dot.

Quand l'aliénation d'un immeuble dotal est autorisé par la justice pour payer certaines dettes de la femme ou du constituant, la validité de l'aliénation est subordonnée à la condition que le prix de l'immeuble sera employé au paiement desdites dettes. L'acquéreur agira donc prudemment en versant directement son prix entre les mains des créanciers que la justice a désignés en accordant l'autorisation. A défaut d'indication suffisante, l'acquéreur fera bien d'attendre pour payer qu'il y soit condamné par un jugement, désignant les créanciers entre les mains desquels le paiement doit être fait et le montant de leurs créances, ou de consigner son prix. Il ne serait pas en général libéré par le paiement qu'il aurait fait au mari ; du moins il ne le serait que sous la condition que les deniers recevront l'emploi auquel ils sont affectés.

396. Quatrième cas. « *Pour faire de grosses réparations indispensa-* » *bles pour la conservation de l'immeuble dotal* ». La loi veut dire, mais elle exprime assez mal cette pensée, que la justice peut autoriser, soit l'aliénation d'un immeuble dotal pour pourvoir aux frais de grosses réparations indispensables à la conservation d'un autre immeuble également dotal, soit l'aliénation d'une partie d'un immeuble dotal pour pourvoir aux réparations nécessaires à la conservation de l'autre partie. Il faut à tout prix sacrifier une partie de la dot pour sauver l'autre.

Notre article ne permet à la justice d'autoriser l'aliénation que pour effectuer « de grosses réparations » ; donc l'aliénation ne saurait être autorisée, quand il s'agit de réparations d'entretien, quelque considérables qu'elles puissent être ; d'ailleurs les réparations d'entretien sont à la charge du mari usufruitier de la dot. D'un autre côté, les réparations doivent être indispensables à la conservation de l'immeuble dotal ; donc l'aliénation ne pourra jamais être autorisée en vue de simples améliorations à effectuer.

Dans l'hypothèse prévue par l'art. 1558 al. 5, et dans celles des trois alinéas précédents, la justice pourrait autoriser aussi bien un emprunt avec hypothèque sur l'immeuble dotal que l'aliénation de cet immeuble. Arg. art. 7 C. co. — En ce sens Caen, 9 mai 1876, Sir., 76. 2. 197. Mais l'autorisation d'aliéner n'emporte pas celle d'hypothéquer.

397. Cinquième cas. « *Enfin lorsque l'immeuble dotal se trouve indi-* » *vis avec des tiers, et qu'il est reconnu impartageable* ». La femme s'est constitué en dot sa part indivise dans un immeuble, ou bien elle s'est constitué en dot ses biens à venir, et il lui échoit pendant le cours du mariage, concurremment avec d'autres héritiers, une succession dans laquelle se trouve un immeuble. L'immeuble, dans lequel la femme a ainsi un droit indivis, se trouve être impartageable en nature, ou il ne saurait être partagé sans un grave détriment, ce qui suffit pour l'application de notre disposition (arg. art. 827). La justice pourra autoriser la femme à procéder à la licitation volontaire de cet

immeuble, suivant les formes prescrites par l'art 997 C. pr. Le législateur s'est inspiré ici de la même idée qui le guidait quand il écrivait l'alinéa 4 de notre article. La licitation est nécessaire : les consorts de la femme peuvent exiger qu'elle ait lieu, et la femme elle-même a ce droit. Si l'accord des parties rend possible une licitation amiable, pourquoi les forcer d'avoir recours à la licitation judiciaire qui entraînera de plus grands frais ? La justice interviendra ; et, si elle reconnaît que l'immeuble est réellement impartageable en nature (*hoc sensu*), elle autorisera une licitation volontaire, à laquelle les étrangers devront nécessairement être admis (argument tiré des art. 1558 al. 1 C. civ., et 997 C. pr.).

La licitation ayant été autorisée par la justice, trois hypothèses peuvent se présenter :

1° La femme se rend adjudicataire. Alors l'immeuble sera dotal pour le tout ou pour partie, suivant les distinctions qui ont été établies plus haut ;

2° C'est le mari qui se porte adjudicataire. On décide généralement qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 1408. Cpr. *supra* n. 78 ;

3° Enfin, si c'est un des consorts de la femme ou un étranger qui s'est rendu adjudicataire, la part revenant à la femme dans le prix sera dotale, et il en sera fait emploi comme telle à son profit. C'est ce qui résulte par argument de l'art. 1558 *in fine* ainsi conçu : « *Dans tous ces cas, l'excédant du prix de la vente au-dessus des* » *besoins reconnus restera dotal, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la* » *femme* ». L'adjudicataire ou l'acquéreur de l'immeuble dotal serait responsable de cet emploi, qui est une des conditions de validité de l'aliénation, et devrait veiller par suite à ce qu'il fût effectué.

398. Tels sont les cas exceptionnels dans lesquels la justice peut autoriser la vente des immeubles dotaux. L'aliénation serait nulle, si elle était faite, soit sans l'autorisation de la justice dans l'un des cas prévus par l'art. 1558, soit avec cette autorisation, mais sans l'accomplissement des formalités prescrites (enchères et affiches).

* La vente d'un immeuble dotal serait nulle également, si elle avait été faite avec l'autorisation de la justice, accordée par erreur dans un cas où elle aurait dû être refusée parce que ce cas ne rentrait pas dans l'énumération limitative donnée par la loi, par exemple *pour améliorations à effectuer sur un autre immeuble dotal.* L'acquéreur subirait donc les conséquences de l'erreur de droit commise par le juge. Mais il ne subirait pas les conséquences de l'erreur de fait, dans laquelle le juge serait tombé en accordant l'autorisation d'aliéner à raison d'une cause légale qu'il croyait exister et qui n'existait pas en réalité, comme si l'autorisation a été accordée pour grosses réparations à faire à un immeuble dotal qui n'avait pas besoin d'être réparé (Cass., 20 juin 1877, Sir., 80. 1. 19). La raison de cette différence est que les tiers peuvent, à la rigueur, être plus habiles jurisconsultes que le juge et découvrir l'erreur de droit qu'il a commise, tandis qu'il leur est à peu près impossible de découvrir l'erreur de fait qui a servi de base à sa décision.

399. *d.* — Aux termes de l'art. 1559 : « *L'immeuble dotal peut être* » *échangé, mais avec le consentement de la femme, contre un autre* » *immeuble de même valeur, pour les quatre cinquièmes au moins, en* » *justifiant de l'utilité de l'échange, en obtenant l'autorisation en justice,*

» *et d'après une estimation par experts nommés d'office par le tribunal.* » — *Dans ce cas, l'immeuble reçu en échange sera dotal ; l'excédant du* » *prix, s'il y en a, le sera aussi, et il en sera fait emploi comme tel au* » *profit de la femme* ».

Ce texte autorise l'aliénation de l'immeuble dotal par voie d'échange, mais moyennant quatre conditions :

1° L'échange ne peut avoir lieu sans le consentement de la femme, car c'est elle qui est propriétaire. Le consentement du mari est nécessaire aussi, à raison des droits qui lui appartiennent sur le fonds dotal.

2° Les époux doivent justifier de l'utilité de l'échange. L'utilité suffit ; la loi n'exige pas la *nécessité*. Ainsi l'échange peut être autorisé pour procurer aux époux un immeuble mieux situé quant à eux ou d'un revenu plus considérable ;

3° L'immeuble à acquérir en contre-échange doit avoir une valeur égale aux quatre cinquièmes au moins de l'immeuble dotal échangé. La valeur comparative des deux immeubles ne peut être déterminée que par une expertise. Les experts doivent être nommés d'office par le tribunal, ce qui garantit leur impartialité. Il résulte de notre article qu'il doit y avoir plus d'un expert (argument des mots *par experts*) ; et comme, d'autre part, aux termes de l'art. 303 C. pr., on ne peut en nommer deux, nous concluons qu'il en faut trois ;

4° L'échange ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de la justice. Cette autorisation ne doit être accordée qu'autant que toutes les conditions prescrites se trouvent réunies.

400. Quand l'échange a été effectué conformément aux dispositions de la loi, l'immeuble acquis en contre-échange est subrogé à l'immeuble échangé ; il devient par conséquent dotal comme l'était ce dernier.

Rarement les deux immeubles qui font l'objet de l'échange auront exactement la même valeur. Si l'immeuble dotal vaut plus, auquel cas la femme stipulera une soulte, cette soulte sera dotale, et il en sera fait emploi comme telle au profit de la femme. — Si, au contraire, l'immeuble dotal valant moins, c'est la femme qui s'engage à payer une soulte, l'immeuble acquis en contre-échange ne deviendra dotal que pour partie, pour une partie correspondant à la valeur de l'immeuble dotal échangé. Par exemple, si l'immeuble dotal vaut 9, et que, l'immeuble acquis en contre-échange valant 10, la femme se soit engagée à payer une soulte égale à 1, l'immeuble acquis en contre-échange ne sera dotal que pour les neuf dixièmes. Autrement la dot serait augmentée pendant le mariage : ce que ne permet pas l'art. 1543.

Ce qui vient d'être dit résout la question de savoir si la justice peut autoriser l'échange d'un immeuble dotal contre un autre immeuble dont la valeur dépasse de plus d'un cinquième celle de l'immeuble dotal. Pourquoi non ? puisque l'immeuble acquis en contre-échange ne deviendra dotal que pour une portion correspondant

à la valeur de l'immeuble échangé. D'ailleurs le silence que la loi garde sur ce point paraît décisif. Exiger que l'immeuble acquis en contre-échange n'ait pas une valeur supérieure de plus d'un cinquième à la valeur de l'immeuble dotal, ce serait ajouter une autre condition aux quatre exigées par la loi.

III. *Exceptions résultant de dispositions législatives étrangères au code civil.*

401. Les immeubles dotaux peuvent être expropriés pour cause d'utilité publique. Aux termes des art. 13 et 15 de la loi du 3 mai 1841, la femme assistée de son mari peut valablement consentir à la cession amiable de la partie d'un immeuble dotal, qui, autrement, serait frappée d'expropriation, et traiter de gré à gré avec l'administration pour le prix. Il y a alors exception à la règle formulée par l'art. 1554. L'exception n'existerait pas, si les époux se laissaient exproprier et si l'indemnité d'expropriation était fixée par le jury; car dans ce cas on ne pourrait pas dire que ce sont les époux qui aliènent.

N° 3. De l'imprescriptibilité des immeubles dotaux.

402. L'inaliénabilité du fonds dotal a pour corollaire son imprescriptibilité. La loi, qui interdit l'aliénation directe des immeubles dotaux, ne devait pas autoriser leur aliénation indirecte par la voie de la prescription. Le principe est formulé dans l'art. 1561, ainsi conçu : « *Les immeubles dotaux non déclarés aliénables par le contrat* » *de mariage, sont imprescriptibles pendant le mariage, à moins que la* » *prescription n'ait commencé auparavant. — Ils deviennent néanmoins* » *prescriptibles après la séparation de biens, quelle que soit l'époque à* » *laquelle la prescription a commencé* ».

La règle, que les immeubles dotaux sont imprescriptibles pendant le mariage, étant formulée par la loi dans les termes les plus généraux, s'applique à toute prescription soit acquisitive, soit extinctive.

A toute prescription ACQUISITIVE. Ainsi un tiers ne peut pas acquérir par prescription, pendant le mariage, la propriété d'un immeuble dotal qu'il possède même avec juste titre et bonne foi, ou un droit de servitude qu'il exerce sur un immeuble dotal.

A toute prescription EXTINCTIVE. Ainsi un usufruit immobilier, faisant partie de la dot, ou une servitude active, appartenant à un immeuble dotal, ne peut pas s'éteindre par la prescription pendant le cours du mariage.

403. Toutefois le principe de l'imprescriptibilité comporte trois exceptions indiquées par notre article :

1° Sont prescriptibles les immeubles dotaux déclarés aliénables par le contrat de mariage. Cela résulte des mots *non déclarés aliénables,* qui ont été ajoutés après coup, sur la demande du Tribunat, pour faire cadrer l'imprescriptibilité avec l'inaliénabilité;

2° Peuvent être prescrits durant le mariage les immeubles dotaux dont la prescription a commencé avant le mariage. Le simple fait d'un mariage, avec stipulation du régime dotal, fait auquel le posses-

seur demeure complètement étranger, qu'il ignore peut-être, ne devait pas avoir pour résultat d'interrompre ou de suspendre la prescription commencée ;

La prescription est censée commencée avant le mariage, lorsque le fait de la possession, s'il s'agit d'une prescription acquisitive, ou du non usage, s'il s'agit d'une prescription extinctive, est antérieur à la célébration du mariage.

3° Les immeubles dotaux deviennent prescriptibles après la séparation de biens. Cette dernière exception est fondée sur ce motif que la femme, après la séparation de biens, recouvre l'exercice de ses actions dotales, et peut par suite interrompre elle-même la prescription dont elle est menacée. L'alinéa final de l'art. 1561, qui formule cette exception, a été ajouté après coup sur la demande du Tribunat. Il en résulte un défaut d'harmonie dans la loi. En effet, après la séparation de biens, les immeubles dotaux continuent à être inaliénables, l'art. 1554 édictant le principe de l'inaliénabilité d'une manière absolue pour toute la durée du mariage, et cependant ces mêmes immeubles sont prescriptibles. L'imprescriptibilité ne cadre donc plus avec l'inaliénabilité : la femme, qui ne peut pas aliéner directement ses immeubles dotaux, peut les aliéner indirectement en les laissant prescrire. Il est vrai que l'aliénation par voie de prescription est moins à redouter que l'aliénation directe, parce qu'elle n'offre pas les mêmes séductions.

N° 4. Sanction du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

404. Aux termes de l'art. 1560 : « *Si, hors les cas d'exception qui » viennent d'être expliqués, la femme ou le mari, ou tous les deux con- » jointement, aliènent le fonds dotal, la femme ou ses héritiers pourront » faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage, sans qu'on » puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée : la femme » aura le même droit après la séparation de biens. — Le mari lui-même » pourra faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, en demeurant » néanmoins sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur, s'il n'a pas » déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal* ».

La sanction du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux consiste donc dans la nullité de toute aliénation, qui ne rentre pas dans le cercle assez étroit des exceptions admises par la loi. Cette sanction était formulée en termes très énergiques dans le texte primitif de l'art. 1560, où on lisait : « l'aliénation sera radicalement nulle ». Mais cette rédaction fut modifiée sur une observation du Tribunat dont voici les termes : « Ces mots *l'aliénation sera radicalement nulle* n'ont paru rien ajouter à une nullité légale ; des difficultés pourraient naître sur leur interprétation. L'effet de la nullité est assez déterminé dans la rédaction proposée par la faculté de révoquer l'aliénation ». De là il résulte que l'aliénation indûment faite d'un immeuble dotal n'est pas *radicalement nulle,* c'est-à-dire inexistante, mais seulement annulable.

405. De ce principe nous tirerons quatre conséquences.

406. Première conséquence. Ce n'est pas par une action en revendication que la restitution de l'immeuble dotal indûment aliéné peut être exigée, mais bien par la voie de l'action en nullité. On se trouve en effet en présence d'une aliénation, qui a une existence légale et qui doit provisoirement être respectée. Tant qu'elle n'a pas été annulée, cette aliénation fait obstacle à la revendication.

407. Deuxième conséquence. L'action, tendant à obtenir la révocation de l'aliénation indûment faite d'un immeuble dotal, n'appartient qu'à la femme; elle ne peut pas être intentée par l'acquéreur. Tel est en général le caractère des nullités relatives : elles ne peuvent être proposées que par certaines personnes, par celles en faveur desquelles la loi les a édictées (arg. art. 1125). Or la nullité dont s'agit a été établie comme sanction du principe de l'inaliénabilité, qui a pour but d'assurer la conservation de la dot de la femme, par conséquent dans l'intérêt exclusif de la femme. Donc elle seule peut s'en prévaloir.

De ce que l'acquéreur n'a pas le droit d'invoquer la nullité de la vente, ne concluez pas qu'il peut être forcé de l'exécuter immédiatement en payant son prix. L'acquéreur a en effet juste sujet de redouter une éviction, ce qui lui permet de suspendre le paiement du prix. V. art. 1653.

408. Seule propriétaire de l'action tendant à faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, la femme n'a pas toujours pour cela le droit d'exercer elle-même cette action. Pendant toute la durée du mariage, en effet, tout au moins tant que la séparation de biens n'a pas été prononcée, le mari seul a l'exercice des actions dotales (art. 1549). L'action en révocation de l'aliénation du fonds dotal n'échappe pas à cette règle ; le mari a donc le droit de l'exercer à l'exclusion de la femme pendant le mariage.

C'est comme administrateur des biens dotaux, et par conséquent comme mandataire de la femme, *procuratorio nomine,* que le mari exerce l'action tendant à faire révoquer l'aliénation du fonds dotal. Et cela explique qu'il puisse intenter cette action, même quand il a concouru à la vente, bien plus, même quand il a vendu seul l'immeuble dotal, sans qu'on puisse lui opposer la règle *Qui doit garantir ne peut évincer;* car il évince en une qualité autre que celle en laquelle il doit la garantie : il doit la garantie de son propre chef, comme vendeur, et c'est du chef de la femme, comme mandataire de celle-ci, qu'il évince.

L'action tendant à faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, étant exercée par le mari à titre de mandataire de sa femme, il en résulte que cette action ne pourrait pas être intentée après la mort du mari par ses héritiers, ni pendant sa vie par ses créanciers agissant de son chef en vertu de l'art. 1166. Les droits, qui ont leur source dans un mandat, sont en effet intransmissibles aux héritiers du mandataire (art. 2003) et ne peuvent pas être exercés par ses créanciers, parce qu'ils ne font pas partie de son patrimoine.

409. Le mari, qui fait révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, est tenu dans tous les cas de restituer le prix, s'il l'a reçu. En outre, il peut être recherché comme garant toutes les fois qu'il a concouru à la vente, et tenu à ce titre de payer des

dommages et intérêts à l'acquéreur évincé. A cette règle la loi admet toutefois une exception, qu'elle formule dans ces termes : « s'il [le mari] n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal » (art. 1560 *in fine*). Ces mots ont été substitués, sur la demande du Tribunat, à la rédaction primitive, qui portait : « pourvu que celui-ci [l'acheteur] ait ignoré le vice de l'achat ». En opérant cette modification, on a voulu tarir toute difficulté sur le point de savoir si l'acheteur a connu ou non lors de la vente la dotalité de l'immeuble, et aussi peut-être détourner le mari de l'idée de vendre l'immeuble dotal.

410. Une fois le mariage dissous, le droit d'exercer l'action en révocation de l'aliénation du fonds dotal passe à la femme ou à ses héritiers (art. 1560). Ce droit appartient également à la femme après la séparation de biens ; car elle reprend alors l'exercice de ses actions dotales ; et, comme elle le reprend à l'exclusion du mari, il faut en conclure que celui-ci ne peut plus désormais agir, bien que l'art. 1560 dise qu'il peut fa re révoquer l'aliénation *pendant le mariage* et que le mariage dure encore après la séparation de biens.

En somme, le droit du mari prend fin au moment où celui de la femme commence.

La disposition, qui accorde à la femme le droit d'exercer l'action en révocation après la séparation de biens, a été insérée après coup dans l'art. 1560 sur la demande du Tribunat ; cette addition aurait dû amener la modification des mots *pendant le mariage ;* vraisemblablement on n'y a pas songé.

411. De quelles prestations la femme est-elle tenue envers l'acquéreur évincé ?

En ce qui concerne la restitution du prix, la femme ne peut être obligée de l'effectuer qu'autant qu'il est prouvé que les deniers ont tourné à son profit (arg. art. 1312). Cette preuve faite, l'acquéreur pourrait poursuivre son remboursement sur les paraphernaux de la femme.

En ce qui regarde les dommages et intérêts, il est clair d'abord que la femme n'en est pas tenue, si elle n'a pas concouru à la vente. Même dans le cas où elle y a concouru, il est certain qu'elle ne serait pas, comme le mari, tenue des dommages et intérêts, par cela seul qu'elle n'aurait pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal. Cela résulte par argument de la combinaison des alinéas 1 et 2 de l'art. 1560, qui montrent clairement que la loi entend faire ici à la femme une situation différente de celle qui est faite au mari, en ce sens qu'elle n'est pas tenue, comme lui, des dommages et intérêts de l'acquéreur, à raison d'une simple réticence relativement à la dotalité de l'immeuble.

* Mais que décider, si la femme a contracté expressément envers l'acquéreur l'obligation de garantie ? On a vu plus haut (n. 385) que la femme dotale n'est pas incapable de s'obliger, mais seulement d'obliger sa dot. En d'autres termes, les obligations régulièrement contractées par une femme dotale sont valables, mais elles ne sont pas exécutoires sur ses biens dotaux inaliénables ; le créancier ne peut s'attaquer qu'aux autres biens de la femme. Ces principes semblent devoir être appliqués ici : l'obligation de garantie expressément contractée par la femme serait donc exécutoire sur ses biens paraphernaux et sur les biens qui lui adviendront après la dissolution du mariage. La solution contraire aurait pour résultat d'étendre à tous les biens de la femme la protection que la loi accorde seulement à ses biens dotaux.

* **412.** On demande si les créanciers de la femme pourraient, de son chef et en vertu de l'art. 1166, intenter l'action en révocation de l'aliénation du fonds dotal. Il

faut supposer qu'il s'agit de créanciers qui auraient le droit de saisir le bien dotal, s'il n'avait pas été aliéné (*supra* n. 395) ; car autrement ils n'auraient aucun intérêt à faire révoquer l'aliénation, puisque l'immeuble, une fois rentré dans le patrimoine de la femme, ne leur servirait pas de gage. Posée dans ces termes, la question semble devoir être résolue dans le sens de l'affirmative ; en effet il s'agit d'un droit pécuniaire faisant partie du patrimoine de la femme, et on ne voit pas trop comment il pourrait être soustrait à la règle générale écrite en l'art. 1166.

413. Troisième conséquence. L'aliénation indue de l'immeuble dotal est susceptible d'être ratifiée ou confirmée par la femme, en faveur de qui la loi en autorise la révocation. Conformément au droit commun, la ratification ou confirmation peut être expresse ou tacite (art. 1338). Mais, comme elle équivaut à une aliénation, puisqu'elle prive la femme du droit de recouvrer son immeuble dotal, on doit en conclure qu'elle ne peut utilement survenir, au moins d'une manière définitive, qu'à une époque où la femme aurait le droit d'aliéner l'immeuble, c'est-à-dire après la dissolution du mariage. En ce sens, Limoges, 29 janvier 1879, Sir., 79. 2. 232.

La femme peut avoir intérêt à ratifier l'aliénation : 1° lorsque l'immeuble dotal aliéné a diminué de valeur depuis l'aliénation, par suite de circonstances indépendantes du fait de l'acquéreur, ou même par suite de ce fait si l'acquéreur est insolvable ; 2° quand l'immeuble dotal a été vendu moyennant un prix supérieur à sa véritable valeur. En dehors de ces deux cas, la femme peut considérer la ratification comme un devoir de conscience.

La ratification ou confirmation, valablement faite après la dissolution du mariage, rend l'aliénation inattaquable. La femme devient par suite définitivement créancière du prix, et peut en exiger la restitution de son mari, si celui-ci l'a touché. Cette restitution est garantie par l'hypothèque légale de l'art. 2121, qui est attachée à toutes les créances de la femme contre son mari. L'hypothèque légale prendrait rang dans l'espèce proposée à dater de l'aliénation (art. 2135).

* La ratification survenue après la séparation de biens ne peut être que provisoire; car les immeubles dotaux continuent à être inaliénables jusqu'à la dissolution du mariage. Il en résulte que, si un ordre est ouvert sur les biens du mari, la femme aura le droit de se faire colloquer provisoirement pour le prix de l'aliénation. Cette collocation deviendra définitive, si la femme persiste dans la ratification après la dissolution du mariage.

414. Quatrième conséquence. L'action, tendant à faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, est prescriptible par dix ans, conformément à l'art. 1304. Après l'expiration de ce délai, la femme est censée avoir renoncé à son droit de révocation : il y a de sa part confirmation tacite (cpr. t. I, n. 1163).

Quel est le point de départ du délai de dix ans? Nous répondons sans hésiter : la dissolution du mariage, dans tous les cas, et cela même quand la séparation de biens a été prononcée. L'art. 1560 est formel : «... la femme ou ses héritiers pourront faire » révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse leur oppo- » ser aucune prescription pendant sa durée » ; or le mariage dure encore après la séparation de biens ; donc la prescription ne court pas. L'art. 1561 al. 2, qui déclare que les immeubles dotaux deviennent prescriptibles après la séparation de biens,

n'infirme en rien cette solution ; car il s'occupe de la prescription acquisitive ou usucapion de l'immeuble dotal, et non de la prescription de l'action tendant à faire révoquer l'aliénation, hypothèse qui fait l'objet exclusif des prévisions de l'art. 1560. D'ailleurs, comme nous venons de le dire, la prescription de dix ans, organisée par l'art. 1304, a pour fondement une ratification tacite; or la ratification (expresse ou tacite) d'une aliénation du fonds dotal entachée de nullité équivaut à une aliénation de ce même fonds; donc elle ne peut utilement survenir qu'à l'époque où l'inaliénabilité de l'immeuble a cessé, c'est-à-dire après la dissolution du mariage.

* **415.** L'opinion contraire, qui fait courir la prescription à dater de la séparation de biens, ne se serait probablement jamais fait jour, sans une erreur matérielle qui s'est glissée à l'insu du législateur dans l'art. 2255. Elle a été signalée pour la première fois par notre illustre et regretté maître, Abel Pervinquière, professeur à la Faculté de droit de Poitiers. L'art. 2255 est ainsi conçu : « *Néanmoins elle* [la prescription] *ne court point, pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué selon le régime dotal, conformément à l'art.* 1561, *au titre* du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux ». Or voici l'argument que cet article a fourni à l'opinion qui fait courir la prescription à dater de la séparation de biens. On a dit : Si l'art. 2255 renvoyait à l'art. 1560, qui dispose qu'aucune prescription ne court contre la femme *pendant le mariage,* il ne ferait que le confirmer sur ce point. Mais il renvoie à l'art. 1561 ; or ce dernier dit que les immeubles dotaux sont imprescriptibles pendant le mariage, mais qu'ils deviennent prescriptibles après la séparation de biens. Le renvoi fait à l'art. 1561 ne peut s'expliquer qu'en supposant au législateur la pensée de faire subir au principe, que la prescription de l'action en révocation ne court pas pendant le mariage (art. 1560), une restriction résultant de l'art. 1561 al. 2, et consistant en ce que ladite prescription commencerait à courir après la séparation de biens.

On va voir ce que vaut l'argument. La vérité est que l'art. 2255 renvoie à l'art. 1560, et non à l'art. 1561 ; en voici la preuve. Chacun sait que le code civil n'a pas été fait d'un seul jet : il se compose de trente-six lois, qui ont été décrétées et promulguées à des dates différentes et qui ont été réunies en un même corps de lois, sous une seule série d'articles, en exécution de la loi du 30 ventôse de l'an XII. Or voici dans quels termes l'art. 2255 (art. 37 du titre *de la Prescription*) a été décrété et promulgué : « Néanmoins elle ne court point... conformément à l'article 174, au » titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux* » (Fenet, t. XV, p. 568). Toute la question est de savoir quel était cet art. 174. Or il correspond à l'art. 1560, et non à l'art. 1561, ainsi qu'on le voit dans Fenet, t. XIII, p. 656. Il est facile d'ailleurs de s'en convaincre par une opération arithmétique de la plus grande simplicité : en ajoutant 174 à 1386, numéro du dernier article du titre *des Obligations,* on trouve le chiffre 1560. Le législateur a donc entendu renvoyer à l'art. 1560, et non à l'art. 1561, et ce n'est pas sa faute si une erreur matérielle a été commise dans la traduction de sa pensée, lorsque plus tard on donna un nouveau numérotage aux articles des lois par lui votées, en exécution des prescriptions de l'art. 1 de la loi du 30 ventôse de l'an XII.

L'art. 2255 étant ainsi écarté du débat, ou plutôt revendiqué en faveur de notre système, avec la rectification qui vient d'être indiquée, on reste en présence des art. 1560 et 1561. Or il est manifeste que les deux prescriptions organisées par chacun de ces articles n'ont rien de commun : celle dont parle le premier est la prescription *extinctive* de l'action en révocation qui appartient à la femme, tandis que le second a trait à la prescription *acquisitive* ou *usucapion* de l'immeuble dotal, qu'un tiers détient en vertu d'une usurpation ou en vertu d'une aliénation consentie à son profit par un autre que les époux. La première de ces deux prescriptions ne peut jamais courir pendant le mariage, la deuxième peut courir après la séparation de

biens. L'une s'accomp it toujours par dix ans (art. 1304), l'autre, tantôt par dix à vingt ans (art. 2265), tantôt par trente ans (art. 2262). — Cpr. de Loynes sur Tessier, *Traité de la société d'acquêts,* p. 18, note 21.

***416.** Dans les explications que nous avons fournies jusqu'ici sur l'art. 1560, nous avons toujours supposé le concours de la femme à l'aliénation du fonds dotal, entachée de nullité comme faite en violation du principe de l'art. 1554. C'est en effet ce qui arrivera presque toujours dans la pratique : l'aliénation sera consentie, soit par la femme autorisée de son mari ou de justice, soit par le mari et la femme conjointement, soit par le mari agissant comme mandataire de la femme.

Exceptionnellement, il peut arriver que le mari ait aliéné le fonds dotal sans le concours de la femme. Faudra-t-il appliquer encore la théorie que nous venons d'exposer, théorie que l'on peut résumer en deux mots : l'aliénation n'est pas inexistante par rapport à la femme, elle est seulement annulable à son profit et sur sa demande? La question fait grave difficulté.

Il y a cependant un cas au sujet duquel on est à peu près d'accord : c'est celui où le mari a vendu l'immeuble dotal comme sien. Ici le principe de l'inaliénabilité dotale paraît bien être hors de cause; l'aliénation est nulle comme faite *a non domino,* et on applique les principes de la vente de la chose d'autrui (art. 1599). Il en résulte notamment : 1° que la femme peut réclamer la restitution de son immeuble indûment aliéné, par voie d'action en revendication, et non par voie d'action en nullité (*supra* n. 406); 2° que l'acquéreur ne sera à l'abri de l'action en revendication que lorsque la prescription acquisitive se sera accomplie à son profit; or il faut pour cela, d'une part, qu'il soit entré en possession, et d'autre part, qu'il y soit resté pendant le temps fixé par la loi, qui est, suivant les circonstances, de trente ans (art. 2262) ou de dix à vingt ans (art. 2265); tandis que, pour la prescription extinctive de l'action en révocation, dix années suffisent et la possession n'est pas nécessaire.

Mais supposons que le mari, qui a agi sans le concours de la femme, ait aliéné l'immeuble *comme dotal.* Appliquerons-nous l'art. 1599, assimilant cette hypothèse à celle que nous venons d'étudier en dernier lieu, ou bien faudra-t-il appliquer l'art. 1560, comme dans le cas où la femme a concouru à l'aliénation?

Plusieurs auteurs tiennent pour ce dernier parti. Ils argumentent des termes de l'art. 1560, qui parle d'une aliénation faite soit par le *mari,* soit par la femme, soit par les deux conjointement, et qui, appliquant à ces trois hypothèses une règle unique, dit qu'il y a lieu de *faire révoquer l'aliénation.* Or, si ces expressions signifient qu'il faut procéder par voie d'action en nullité quand la femme a concouru à l'aliénation, comment signifieraient-elles qu'il y a lieu de procéder par voie d'action en revendication lorsque l'aliénation émane du mari? On s'explique d'ailleurs facilement que la loi ait pu ne pas considérer l'aliénation faite par le mari seul, au moins lorsqu'il n'a pas dissimulé la dotalité de l'immeuble, comme constituant une vente de la chose d'autrui. Autrefois le mari était *dominus dotis,* et, s'il ne l'est plus aujourd'hui, du moins a-t-il encore sur la dot des pouvoirs assez étendus pour qu'on puisse le considérer comme représentant la femme dans les aliénations qu'il fait sans le concours de celle-ci.

La solution contraire nous paraît préférable. Celle que nous venons d'exposer, sous prétexte de respecter l'art. 1560, viole à notre avis l'art. 1599. Nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer à l'aliénation dont il s'agit les principes de la vente de la chose d'autrui (art. 1599). Mais alors ne va-t-on pas pouvoir nous reprocher à notre tour de violer l'art. 1560, sous prétexte de respecter l'art. 1599? Le reproche, à notre estime, ne serait pas fondé. Nous ne croyons pas toutefois pouvoir y échapper en disant, comme on le fait ordinairement, que les termes employés par l'art. 1560 peuvent faire allusion à l'action en revendication aussi bien qu'à l'action en nullité. il est vrai que le mot *révoquer* désigne quelquefois, dans le langage de la loi, une

cause de résolution qui opère de plein droit et qui, lorsqu'elle se produit, fait naître par sa seule vertu une action en revendication au profit de l'aliénateur. Voyez notamment l'art. 960. Mais la loi emploie ici à deux reprises l'expression FAIRE *révoquer,* qui suppose bien l'exercice d'une action tendant à obtenir la révocation, à la faire prononcer par le juge. Nous aimons mieux dire que l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons est restée en dehors des prévisions de l'art. 1560. Quoi qu'on fasse, on est bien obligé de reconnaître que ce texte n'a pas prévu tous les cas : on convient en général, nous l'avons vu, qu'il ne s'applique pas à celui où le mari a vendu l'immeuble dotal *comme sien;* faisons un pas de plus, et reconnaissons qu'il ne s'applique pas non plus au cas où le mari a aliéné, sans le concours de la femme, le fonds *comme dotal.* Nous voyons se dresser l'objection : cette interprétation ne réduit-elle pas à une lettre morte la partie de l'art. 1560, qui parle de l'aliénation faite par le mari seul? Non; car elle peut recevoir son application au cas où le mari aurait aliéné l'usufruit, qui lui appartient en sa qualité de mari sur un immeuble dotal. Cet usufruit est immobilier; c'est un immeuble dotal; nous avons vu que le mari ne peut pas valablement le céder, bien que ce soit sa chose (*supra* n. 382); s'il le cède, l'aliénation sera nulle, et pour la faire tomber il sera nécessaire d'intenter une action en révocation régie par l'art. 1560.

Appendice. — La dot mobilière est-elle inaliénable?

417. Nous avons réservé la plus grosse question qui s'agite en matière de dotalité, pour la traiter sous forme d'appendice, parce qu'elle sera plus facilement comprise après les explications qui précèdent. Il s'agit de savoir si le principe de l'inaliénabilité s'applique à la dot mobilière; en d'autres termes, la dot mobilière est-elle inaliénable?

Avant de résoudre la question, il faut rechercher quel en est l'intérêt.

Quelle que soit la solution qu'on lui donne, il est incontestable que, si la dot consiste en une somme d'argent, le mari pourra en disposer en vertu de son droit de quasi-usufruit (arg. art. 587). D'ailleurs, s'il en était autrement, la dot ne présenterait dans ce cas aucune utilité pour le mari, puisqu'on ne peut pas faire usage d'une somme d'argent sans l'aliéner, le placement lui-même nécessitant une aliénation. La même décision doit être admise, quand la dot consiste en choses fongibles, ou même en choses non fongibles qui ont été estimées par le contrat de mariage (art. 1551).

La question qui nous occupe n'offre pas non plus d'intérêt, lorsque l'acquéreur est en situation d'invoquer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre.* Ainsi le mari a vendu comme siens des tableaux que la femme s'est constitués en dot, et il les a livrés à l'acquéreur; celui-ci a cru acheter des objets appartenant au mari, et par conséquent il était de bonne foi. L'acquéreur étant protégé par la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* ne pourra pas être évincé. Les partisans eux-mêmes de l'inaliénabilité de la dot mobilière le reconnaissent.

* Et toutefois on concevrait que la solution contraire pût être admise par ceux qui pensent, d'une part que la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* se rattache à une idée de prescription, et d'autre part que la dot mobilière est imprescriptible. Mais la théorie de l'imprescriptibilité de la dot mobilière n'a guère de partisans, même parmi ceux qui pensent que la dot mobilière est inaliénable.

Où est donc l'intérêt de la question?

Il se présente principalement aux points de vue suivants :.

1° Si la dot mobilière est aliénable, la femme peut céder l'action, qu'elle a contre son mari pour en obtenir la restitution ; elle peut aussi se dépouiller, par voie de subrogation, de cession ou de renonciation, de l'hypothèque légale qui en garantit la restitution. En effet on ne verrait pas pourquoi la femme, qui a, on le suppose, le droit d'aliéner directement sa dot mobilière, n'aurait pas celui de l'aliéner indirec-

tement en cédant l'action qu'elle a pour en obtenir la restitution ou en se dépouillant des garanties que la loi lui accorde pour assurer cette restitution. Si au contraire la dot mobilière est inaliénable, la femme, incapable d'aliéner directement cette dot, sera incapable aussi de l'aliéner indirectement en cédant l'action qu'elle a pour en obtenir la restitution ou en se dépouillant de son hypothèque légale au profit d'un tiers. C'est là l'intérêt le plus considérable de la question, parce qu'il se présente dans tous les cas, même quand il s'agit d'une dot constituée en argent.

2° Si la dot mobilière est inaliénable, les créanciers, envers lesquels la femme s'est obligée pendant le cours du mariage, pourront saisir les objets mobiliers composant la dot, dont la femme est demeurée propriétaire, et les faire vendre pour se payer sur le prix ; ils pourront aussi saisir-arrêter entre les mains du mari la créance, que sa femme a contre lui pour obtenir la restitution de sa dot mobilière. Ce double droit ne leur appartiendra pas, si la dot mobilière est inaliénable ; car alors la femme, ne pouvant pas aliéner directement sa dot, ne peut pas l'aliéner indirectement par le moyen des obligations qu'elle contracte.

3° Enfin, la question qui nous occupe offre de l'intérêt au point de vue du sort des aliénations d'objets mobiliers dotaux, corporels ou incorporels, dont la femme est demeurée propriétaire. On devra valider ces aliénations, si l'on admet l'aliénabilité de la dot mobilière ; l'acquéreur pourra donc en exiger l'exécution. Il faudra les déclarer nulles, au contraire, si l'on décide que la dot mobilière est inaliénable.

418. L'intérêt de la question étant ainsi mis à jour, nous pouvons en aborder la discussion. Quand on examine les textes, on s'explique difficilement qu'il puisse y avoir controverse : ils paraissent en effet décisifs dans le sens de l'aliénabilité de la dot mobilière. C'est d'abord la rubrique de la section II, où on lit : « Des droits du mari sur les *biens dotaux* et de l'inaliénabilité du *fonds dotal* ». Ainsi, quand la loi nous indique qu'elle va s'occuper des droits qui appartiennent au mari sur la dot, elle emploie les expressions *biens dotaux,* qui comprennent les meubles et les immeubles ; mais, quand elle veut faire allusion à l'inaliénabilité, elle ne parle plus que du *fonds dotal,* expression qui est la traduction des mots latins *fundus dotalis, dotale prædium,* lesquels n'ont jamais désigné que les immeubles dotaux. Voici maintenant l'art. 1554, qui, formulant le principe de l'inaliénabilité dotale, s'exprime en termes non moins catégoriques : « Les IMMEUBLES constitués en dot ne peuvent être aliénés ou » hypothéqués... » Ce texte est décisif contre l'inaliénabilité de la dot mobilière. Les biens sont aliénables en règle générale, ils ne peuvent être inaliénables que par exception ; or la loi n'excepte de la règle que les immeubles dotaux ; donc les meubles y demeurent compris, c'est-à-dire qu'ils sont aliénables. L'art. 1561 fortifie cet argument. On a vu que l'imprescriptibilité est un corollaire de l'inaliénabilité, de sorte que les biens dotaux qui sont inaliénables doivent par cela même être imprescriptibles. Les textes qui édictent l'imprescriptibilité de la dot peuvent donc servir à éclairer ceux qui édictent son inaliénabilité, et on est autorisé à dire qu'il n'y a d'inaliénable que ce qui est imprescriptible ; or la loi ne déclare imprescriptibles que les immeubles dotaux (art. 1561) ; donc il n'y a que les immeubles dotaux qui soient inaliénables. Si l'on admet l'inaliénabilité de la dot mobilière, on doit logiquement admettre son imprescriptibilité. On recule cependant en général devant cette déduction ; c'est la preuve qu'on est parti d'un faux principe, puisqu'on en désavoue les conséquences. Enfin l'art. 1560, qui contient la sanction du principe de l'inaliénabilité, sanction consistant dans la nullité de l'aliénation faite en violation de ce principe, ne parle que du fonds dotal. C'est donc que le législateur ne considère comme inaliénables que les fonds dotaux ; autrement il aurait établi une sanction semblable relativement à l'aliénation des meubles dotaux. Concevrait-on que le législateur, après avoir admis le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, l'eût laissé dépourvu de sanction ?

419. Tels sont les textes. Malgré leur limpidité, une jurisprudence, que l'on peut dire constante, proclame l'inaliénabilité de la dot mobilière. Voyez notamment Cass., 3 février 1879, Sir., 79. 1. 353, et 27 avril 1880, Sir., 80. 1. 360. Mais sa base au point de vue juridique paraît être d'une extrême fragilité. Un argument historique et quelques mauvais arguments de textes, voilà son seul soutien. — Commençons par l'argument historique. Le législateur du code civil, dit-on, n'a pas créé le régime dotal; il l'a trouvé organisé de toutes pièces dans nos anciens pays de droit écrit, et il n'a pas eu d'autre prétention que celle de le reproduire tel quel. Or, quelle qu'ait pu être sur ce point la solution consacrée par le droit romain, la jurisprudence constante des parlements de droit écrit admettait l'inaliénabilité de la dot mobilière; elle était considérée avec raison comme formant le complément indispensable des garanties que le régime dotal a pour but de procurer à la femme. Si le législateur avait entendu innover sur ce point, il l'aurait dit en termes formels. — Mais, peut-on répondre, en supposant que le législateur ait voulu, comme il en avait bien le droit, sans doute, rejeter l'application que les parlements des pays de droit écrit avaient faite du principe de l'inaliénabilité à la dot mobilière, en quels termes fallait-il donc qu'il s'exprimât? Prétend-on imposer au législateur l'obligation de manifester sa volonté en employant telle ou telle formule? Le sens des textes qui viennent d'être cités n'est-il pas suffisamment clair? — Il est vrai que le législateur se trouve avoir ainsi entouré la dot mobilière de moins de sollicitude que la dot immobilière, l'avoir sacrifiée, même, au dire de quelques-uns. — Soit. Mais comment le trouver surprenant? Cela n'est-il pas conforme aux habitudes du législateur de 1804, fortement imbu d'une maxime déjà vieillie alors et aujourd'hui surannée, la maxime *Res mobilis res vilis,* à l'influence de laquelle nous devons un grand nombre de dispositions de notre code civil, qu'on ne reproduirait certainement pas aujourd'hui si on procédait à sa refonte! N'oublions pas d'ailleurs que le législateur de 1804 était ennemi du régime dotal : il le redoutait, précisément à cause de l'inaliénabilité qu'il engendre. Dans ces conditions, il devait naturellement s'en tenir au minimum des concessions : l'inaliénabilité des *immeubles* dotaux a pu lui paraître une garantie suffisante.

L'argument historique est donc loin d'être concluant. Il l'est d'autant moins que la jurisprudence des parlements de nos anciens pays de droit écrit était beaucoup moins constante qu'on n'a bien voulu le dire.

Quant aux arguments de texte, leur faiblesse est extrême. Ils sont principalement tirés de l'art. 1541, des art. 1555 et 1556, de l'art. 83-6° du code de procédure civile et de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. On les a vingt fois réfutés victorieusement; aussi ne les passerons-nous pas en revue.

420. Au surplus il ne suffit pas, pour faire connaître exactement l'état de la jurisprudence sur cette question, de dire qu'elle déclare la dot mobilière inaliénable. Il est difficile en effet de caractériser d'un mot le *système* de la jurisprudence, si tant est qu'on puisse donner ce nom à un ensemble de solutions qui paraissent ne pas se rattacher à un même principe. On va en juger par l'examen attentif des sept propositions suivantes, dans lesquelles paraissent se condenser les décisions des tribunaux sur cette importante matière.

1° *La femme ne peut pas valablement aliéner sa dot mobilière pendant le mariage,* sauf les exceptions résultant des art. 1555 à 1559.

2° *Durant la même période, il n'est pas permis à la femme de céder la créance qui lui appartient contre son mari pour la restitution de sa dot mobilière, ni de renoncer à cette créance ou d'en recevoir le paiement.* Cass., 27 avril 1880, Sir., 80. 1. 360, et 4 juillet 1881, Sir., 82. 1. 212.

3° *Ni de se dépouiller, soit par voie de renonciation directe ou indirecte* (Cass., 6 décembre 1882, Sir., 84. 1. 27), *soit par voie de cession, soit par voie de subroga-*

tion, de l'hypothèque légale qui garantit la restitution de sa dot mobilière. Nîmes, 11 janvier 1882, Sir., 82. 2. 137 ; Cass., 3 décembre 1883, Sir., 84. 1. 232.

4° *La dot mobilière ne peut pas être saisie, même après la dissolution du mariage, pour l'exécution des obligations contractées par la femme pendant le cours du mariage.*

5° *Bien que l'immeuble acquis des deniers dotaux ne soit pas dotal* (art. 1553), *et qu'en conséquence il puisse être aliéné même à titre gratuit par la femme, il est cependant le gage et la représentation de la dot mobilière dont il se trouve en quelque sorte dépositaire.* Il s'ensuit :

a. Que si cet immeuble est saisi par les créanciers de la femme, celle-ci est autorisée à prélever sur le prix d'adjudication, par préférence à ses propres créanciers, le montant des deniers dotaux qui ont été employés à l'acquisition. Cass., 27 juillet 1883, Sir., 84. 1. 185.

b. Que si la femme dispose de l'immeuble par donation entre vifs, cet immeuble reste grevé à son profit d'un droit de créance inaliénable pour la reprise de ses deniers dotaux. Le donataire ne devient donc propriétaire que sous la condition de payer entre les mains de la femme une somme égale au montant des deniers dotaux employés à l'acquisition de l'immeuble. Montpellier, 21 juin 1871, Sir., 71. 2. 88. Cpr. Cass., 29 décembre 1875, Sir., 77. 1. 58.

Même en admettant le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, cette double déduction nous paraît extrêmement contestable.

6° *Le mari peut aliéner la dot mobilière.* — Voilà une solution qui paraît difficile à concilier avec le principe de l'inaliénabilité. Finalement, d'après la jurisprudence, la dot mobilière n'est inaliénable que par rapport à la femme. Une fois engagée dans la fausse route de l'inaliénabilité de la dot mobilière, la jurisprudence en est arrivée là par la force des choses. Il y a parmi les biens dotaux des valeurs mobilières qui périclitent : ainsi le débiteur d'une créance dotale marche vers l'insolvabilité, ou des actions mobilières dotales baissent rapidement ; il faut vendre à tout prix, sous peine de tout perdre si l'on attend. Le mari vendra ; il faut bien qu'il le puisse, puisque la femme ne le peut pas ; autrement le principe de l'inaliénabilité, qui a été édicté pour sauvegarder la dot de la femme, en entraînerait la perte! Mais comment le mari peut-il avoir le droit de vendre, puisque la dot mobilière est inaliénable? Il puise ce droit, dit-on, dans sa qualité d'administrateur de la dot. L'art. 1549 permet au mari de recevoir le remboursement des capitaux dotaux. S'il peut recevoir le paiement d'une créance, il peut la céder ; qu'importe en effet qu'il se dépouille de la créance en en recevant le paiement ou en la cédant? Et maintenant, s'il peut aliéner les créances dotales, ce qui entraîne pour lui la faculté d'aliéner aussi les rentes sur l'Etat, les actions et toutes les valeurs industrielles, c'est-à-dire tout ce qu'il y a de plus précieux parmi les biens mobiliers qui composent la dot, pourquoi ne pourrait-il pas aliéner aussi les objets mobiliers corporels? Donc le mari peut aliéner la dot mobilière en totalité. — Nous avons prouvé au n. 376 que le mari n'a pas le droit d'aliéner les créances dotales, ni par suite les autres biens mobiliers dotaux. Nous ne reviendrons pas sur cette démonstration. Bornons-nous à remarquer ici que le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, tel que l'entend la jurisprudence, protège beaucoup moins énergiquement la femme que le système du code civil, d'après lequel la dot mobilière est aliénable, mais ne peut être aliénée sans le concours de la femme qui en est propriétaire (v. n. 365) : ce qui permet à la femme, quand elle est douée d'une certaine force de résistance, de conserver sa dot en refusant à son mari le consentement qu'il sollicite pour l'aliéner, et laisse d'ailleurs toute facilité pour arriver rapidement à l'aliénation quand elle est commandée par les circonstances. En effet quel est le but que se proposent les femmes qui stipulent le régime dotal? N'est-ce pas principalement de mettre leur dot à l'abri des dissipations du

mari. C'est surtout contre le mari, et non pas contre elles-mêmes, contre leur propre faiblesse, qu'elles entendent se prémunir. Or le système de la jurisprudence protège la femme contre elle-même, puisqu'il ne lui permet pas d'aliéner sa dot; mais il ne la protège pas contre son mari, puisqu'il reconnaît à celui-ci le droit de disposer de la dot mobilière sans le concours de la femme. On peut donc accuser à juste titre la jurisprudence, non seulement d'avoir fait la loi en cette matière, mais encore de l'avoir mal faite. C'est ce qui arrive fatalement quand le juge se fait législateur, parce qu'il n'a pas la liberté d'allures et l'indépendance nécessaires pour faire une bonne loi.

7° *L'inaliénabilité de la dot mobilière persiste, même après la séparation de biens.*— A dater de cet événement, la dot mobilière ne peut plus être aliénée, ni par la femme à cause du principe de l'inaliénabilité, ni par le mari, parce qu'il a perdu sa qualité d'administrateur de la dot. Après la séparation de biens, la dot mobilière devient donc absolument inaliénable, sauf dans les cas exceptionnels où la loi autorise l'aliénation de la dot immobilière; de sorte qu'il ne sera pas possible de prévenir une perte imminente en aliénant des valeurs dotales qui périclitent : pour conserver la dot, il faudra la laisser périr! Voilà une conséquence qui n'est certes pas de nature à recommander le système de la jurisprudence.

* La cour de Bordeaux a jugé par un arrêt en date du 30 mai 1881 (Sir., 84. 2. 217) que le mobilier dotal garnissant une maison louée par une femme séparée de biens peut être saisi-gagé par le propriétaire. La cour dit que la dot peut être aliénée pour fournir des aliments à la famille, et qu'il faut comprendre les dépenses du loyer au nombre de celles nécessaires à la vie. Soit. Mais l'autorisation de justice est nécessaire pour l'aliénation (art. 1558 al. 3); or cette autorisation n'avait pas été obtenue.

SECTION III

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

421. Les événements, qui peuvent donner lieu à la restitution de la dot, sont :

1° La dissolution du mariage par la mort de l'un des époux. C'est la cause normale de restitution de la dot, et on s'explique ainsi que ce soit la seule dont le législateur s'occupe;

2° Le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens;

3° L'absence déclarée de l'un des conjoints (art. 123).

La restitution de la dot doit être faite par le mari ou par ses héritiers. Elle est due, suivant les cas, soit à la femme, soit à ses héritiers; exceptionnellement elle peut être due au constituant en vertu d'une stipulation spéciale.

I. *Comment doit se faire la restitution de la dot.*

422. En principe, la femme demeure propriétaire des biens qui composent sa dot; elle peut donc en exiger la restitution en nature (*supra* n. 365). Dans les cas exceptionnels où le mari devient propriétaire de la dot, la femme n'est plus que créancière d'une valeur; elle a le droit alors d'exiger, lors de l'événement qui donne lieu à la restitution de sa dot, non plus les biens mêmes qu'elle a apportés à son mari, mais leur équivalent, c'est-à-dire, suivant les cas, soit une

somme d'argent représentative de la valeur desdits biens, soit des biens de même nature, qualité et quantité. Voyez art. 587, et *supra* n. n. 366 et s. La femme est encore obligée de se contenter d'une somme d'argent, si son mari a fait périr par sa faute les biens dotaux dont il devait la restitution en nature. Cette somme comprendra la valeur qu'aurait eue le bien à l'époque où la restitution aurait dû en être faite, outre les dommages et intérêts s'il y a lieu.

423. Les biens dont le mari ne doit la restitution qu'en valeur, parce qu'il en est devenu propriétaire, demeurent à ses risques. Au contraire, la femme supporte les risques des biens dont la restitution lui est due en nature parce qu'elle en a conservé la propriété.

Nous trouvons deux applications de ce dernier principe : l'une dans l'art. 1567, l'autre dans l'art. 1566 al. 1.

424. Première application. Aux termes de l'art. 1567 : « *Si la dot » comprend des obligations ou constitutions de rente qui ont péri, ou » souffert des retranchements qu'on ne puisse imputer à la négligence du » mari, il n'en sera point tenu, et il en sera quitte en restituant les con- » trats* ».

Les créances ou les rentes *périssent* assez difficilement. La loi fait probablement allusion au cas où le débiteur de la créance ou de la rente constituée en dot devient insolvable. Cet événement ne fait pas à proprement parler périr la créance ou la rente; car le droit, le *nomen juris,* existe toujours malgré l'insolvabilité du débiteur; mais ce n'est plus qu'une valeur nominale. En fait, le résultat est le même que si la créance était périe ; car un droit qui existe, mais qui ne peut rien produire, ne vaut pas beaucoup mieux qu'un droit qui a cessé d'exister. Cela posé, qui supportera les conséquences de l'insolvabilité du débiteur, soit que cette insolvabilité ait fait périr (*hoc sensu*) la créance ou la rente en totalité, soit qu'elle ait eu seulement pour résultat de lui faire subir un *retranchement,* c'est-à-dire de la faire périr en partie? Ce sera la femme, d'après notre principe; elle est en effet demeurée propriétaire de la créance ou de la rente, et par suite les risques sont pour son compte. Le mari sera quitte en restituant les *contrats,* comme le dit l'art. 1567 en un langage qui semble être celui d'un vieux procureur, ou mieux les titres de la créance. La loi exige cette restitution, pour que la femme puisse, le cas échéant, exercer des poursuites contre le débiteur revenu à meilleure fortune, et peut-être aussi pour prévenir une fraude du mari, qui, ayant reçu le paiement de la créance et ayant à la suite de ce paiement remis les titres au débiteur, profiterait de ce que celui-ci est devenu plus tard insolvable, pour soutenir qu'il n'a pas reçu le paiement et qu'il est libéré de toute restitution à l'égard de la femme.

Le mari devra, conformément au droit commun (art. 1302), établir l'existence du cas fortuit qu'il allègue et en vertu duquel il se prétend libéré, c'est-à-dire dans l'espèce l'insolvabilité du débiteur, sauf à la femme à prouver que le cas fortuit a été précédé d'une faute du mari, engageant sa responsabilité : ce qui arriverait, s'il avait négligé de poursuivre le débiteur de la créance en temps utile.

Nous avons supposé, dans tout ce qui précède, que la femme était demeurée propriétaire de la créance ou de la rente constituée en dot. En effet, si la propriété en avait été transférée au mari, soit par une cession contenue dans le contrat de mariage, soit par une estimation valant vente, les risques seraient à son compte.

425. Deuxième application. « *Si les meubles dont la propriété reste » à la femme ont dépéri par l'usage et sans la faute du mari, il ne sera » tenu de rendre que ceux qui resteront, et dans l'état où ils se trouve- » ront* » (art. 1566 al. 1). — Cpr. art. 589.

426. A cette règle la loi admet toutefois une exception qui est déposée dans l'alinéa 2 de l'art. 1566 : « *Et néanmoins la femme pourra, » dans tous les cas, retirer les linges et hardes à son usage actuel, sauf à » précompter leur valeur, lorsque ces linges et hardes auront été primi- » tivement constitués avec estimation* ».

Les mots *dans tous les cas* font antithèse aux mots *dont la propriété reste à la femme,* qui se trouvent dans la première partie de l'article, et signifient que la faveur, accordée à la femme en ce qui concerne ses linges et hardes, lui appartient soit lorsqu'elle en est demeurée propriétaire, aucune estimation n'en ayant été faite, soit lorsque, les linges et hardes ayant été estimés (sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente), la propriété en a été transmise au mari. Il faut examiner successivement les deux hypothèses.

427. *a. — Les linges et hardes ont été constitués sans estimation.* La femme en est donc demeurée propriétaire. L'application du principe posé par l'art. 1566 al. 1 aurait conduit à décider que la femme, lors de l'événement qui donne lieu à la restitution de sa dot, n'a que le droit de reprendre les linges et hardes par elle apportés, et dans l'état où ils se trouvent alors, c'est-à-dire le plus souvent usés et sans valeur. Quant aux linges et hardes achetés pendant le mariage par le mari, en exécution de l'obligation qui lui incombe d'entretenir sa femme, celle-ci aurait dû, par application du même principe, les laisser au mari, qui en est devenu propriétaire, comme de toutes les choses qu'il achète pendant le cours du mariage. Tout cela eût été bien rigoureux. Aussi la loi, par un motif d'humanité, décide-t-elle que la femme aura le droit de reprendre tous les linges et hardes à son usage actuel, sans même avoir à payer la valeur de ceux achetés pendant le mariage.

428. *b. — Les linges et hardes apportés par la femme ont été constitués avec estimation* (et sans déclaration que l'estimation ne vaut pas vente). Cette estimation rend le mari propriétaire (arg. art. 1551); et, comme il devient propriétaire aussi des linges et hardes qu'il achète à sa femme pendant le mariage, il en résulte que le mari, lorsqu'il y a lieu à la restitution de la dot, devrait avoir le droit de garder tous les linges et hardes à l'usage actuel de la femme, sous la seule obligation de lui payer le prix d'estimation de ceux qu'elle s'est constitués en dot. Mais ici encore l'application du droit commun eût été d'une dureté touchant à l'inhumanité. Aussi la loi permet-elle à la femme, dans ce cas comme dans le précédent, de retenir tous les linges et hardes à son usage actuel. Et toutefois, comme le mari est devenu débiteur envers la femme du prix d'estimation des linges et hardes constitués en dot, et qu'il y aurait évidemment double emploi si la femme pouvait, d'une part se faire payer ce prix d'estimation, et d'autre part retenir les linges et hardes à son usage actuel, la loi décide que la femme devra imputer la valeur des linges et hardes qu'elle retire, sur le prix d'estimation qui lui est dû.

Cela posé, trois hypothèses peuvent se présenter.

1° La valeur des linges et hardes à l'usage actuel de la femme, qu'elle retire par application de notre article, est égale au prix d'estimation des linges et hardes constitués en dot. Il y a balance.

2° La valeur des linges et hardes que la femme retire est inférieure au prix d'estimation de ceux qu'elle s'est constitués. Le mari paiera la différence.

3° Les linges et hardes à l'usage actuel de la femme ont une valeur supérieure au prix d'estimation de ceux constitués en dot : c'est le cas le plus fréquent. La femme, qui retire ces linges et hardes par application de notre article, devra-t-elle payer l'excédent de valeur? Non. En effet la femme est dispensée de payer cet excédent, lorsque les linges et hardes par elle apportés ont été constitués sans estimation; comment pourrait-elle en être tenue, lorsqu'il y a eu estimation?

429. Comme toutes les dispositions qui dérogent au droit commun, l'art. 1566 al. 2 doit être interprété restrictivement. Donc le privilège, qu'il accorde à la femme en ce qui concerne les linges et hardes, ne devrait pas être étendu à ses héritiers, au cas où le mariage se serait dissous par la mort de la femme; le privilège est personnel comme les motifs qui l'on fait établir. Mais d'ailleurs il appartient à la femme, quel que soit l'événement qui donne lieu à la restitution de la dot; car la loi ne distingue pas.

II. *De la preuve de l'apport de la dot.*

430. On ne peut être tenu de restituer que ce que l'on a reçu. L'obligation pour le mari de restituer la dot ne peut donc prendre naissance que par la réception de la dot. Conformément à la règle *Actori incumbit probatio,* la preuve du fait de cette réception est à la charge de la femme qui réclame la restitution de sa dot. Comment fera-t-elle cette preuve ? Il y a lieu de distinguer à cet égard si la dot a été promise par un tiers ou par la femme elle-même.

431. a. — *La dot a été promise par un tiers.* Le constituant pouvant dans ce cas valablement se libérer entre les mains du mari sans le concours de la femme, celle-ci se trouve dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite de la réception de la dot par le mari; elle pourra donc, quelle que soit l'importance de la dot, prouver le fait de cette réception même par témoins (art. 1348), et par conséquent aussi par présomptions (arg. art. 1353).

Il y a même un cas dans lequel la loi dispense la femme de toute espèce de preuve : il est prévu par l'art. 1569, ainsi conçu : « *Si le* » *mariage a duré dix ans depuis l'échéance des termes pris pour le paie-* » *ment de la dot, la femme ou ses héritiers pourront la répéter contre le* » *mari après la dissolution du mariage, sans être tenus de prouver qu'il* » *l'a reçue, à moins qu'il ne justifiât de diligences inutilement par lui* » *faites pour s'en procurer le paiement* ». Après dix ans écoulés depuis l'échance des termes pris pour le paiement de la dot, la loi présume que le mari a reçu la dot ou qu'il n'a manqué de la recevoir que par sa faute. Sur le fondement de cette présomption qui leur tient lieu de preuve, la femme ou ses héritiers peuvent réclamer la restitution de la dot.

Le mari peut faire tomber la présomption dont nous venons de parler, en justifiant qu'il a fait des *diligences* inutiles pour obtenir le paiement de la dot. La loi dit des *diligences,* et non des poursuites. Cette expression, qui a été employée à dessein parce que son sens est assez

peu défini, laisse le champ très large au juge, chargé de décider en cas de contestation si le mari, qui n'a pas reçu le paiement de la dot au bout de dix ans, est ou non en faute; la situation du mari est en effet ordinairement très délicate à l'égard du constituant, qui est le plus souvent un proche parent de la femme, toujours un bienfaiteur. Qui donc oserait, dans la plupart des cas, blâmer le mari de n'avoir pas eu recours à des poursuites judiciaires et de s'en être tenu aux moyens amiables?

Comme toutes les présomptions légales, celle qui nous occupe ne saurait être étendue en dehors du cas spécial prévu par la loi. Etablie en faveur *de la femme ou de ses héritiers,* elle ne pourrait donc être invoquée par le constituant, qui, poursuivi en paiement de la dot après l'expiration des dix ans, prétendrait l'avoir payée : il devrait établir sa libération conformément aux règles du droit commun.

On trouve souvent dans les contrats de mariage une clause aux termes de laquelle le seul fait de la célébration du mariage vaudra quittance de la dot. Cette clause ne peut fournir qu'une simple présomption de paiement, susceptible d'être combattue par la preuve contraire. Cass., 7 mai 1884, Sir., 85. 1. 28.

432. b. — *La dot a été constituée par la femme elle-même.* Ici le droit commun reprendrait son empire, parce qu'il n'y a plus de motifs pour y déroger. Au-dessus de 150 fr., la femme qui réclame la restitution de sa dot, devra donc prouver par écrit qu'elle l'a versée à son mari; il lui était facile de retirer une quittance de celui-ci au moment où elle s'est libérée. A moins cependant qu'il n'y ait commencement de preuve par écrit ou qu'il ne soit justifié que le mari, soit par dol, soit par violence, soit par abus de la puissance maritale a mis la femme dans l'impossibilité de rapporter une quittance, auxquels cas la preuve testimoniale devrait être admise, comme elle le serait toujours aussi en matière n'excédant pas 150 fr. Arg. art. 1341 et 1348.

Après dix années écoulées depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot qu'elle a promise à son mari, la femme pourrait-elle invoquer la présomption écrite en l'art. 1569, pour se dispenser de prouver qu'elle a payé la dot dont elle réclame la restitution ? Nous ne le pensons pas. Il est vrai que l'art. 1569 est conçu dans les termes les plus généraux : il ne distingue pas si la dot a été constituée par un tiers ou par la femme, et par conséquent il peut paraître applicable même dans cette dernière hypothèse. En ce sens, Caen, 3 mars 1875, Sir., 75. 2. 201. Mais si la lettre de la loi paraît favorable à la plus large application de sa disposition, son esprit y résiste manifestement. Les motifs qui ont porté le législateur à édicter l'art. 1569 manquent à peu près complètement lorsque la constitution de dot émane de la femme. En effet, d'une part, la femme, lorsqu'elle s'est dotée elle-même, n'éprouve pas, pour se procurer la preuve du paiement de la dot, le même embarras que lorsqu'elle a été dotée par un tiers ; le droit commun doit donc lui être appliqué en ce qui concerne la preuve, le besoin d'une exception ne se faisant pas sentir. Et d'autre part, comprendrait-on que la femme vînt se faire une arme contre son mari de ce qu'il n'a pas exercé contre elle des poursuites ou même fait des diligences pour la forcer à payer la dot?

433. Nous voilà fixés sur la preuve de l'apport de la dot; maintenant comment

la femme en prouvera-t-elle la consistance ? La question ne se présente que lorsque la dot comprend des effets mobiliers. Régulièrement, la femme fera cette preuve à l'aide d'un inventaire, qui doit dans tous les cas être dressé par les soins du mari : l'art. 600 lui en impose l'obligation pour le mobilier apporté par la femme lors du mariage, et l'art. 1414 pour celui qui lui échoit pendant le mariage. A défaut d'inventaire, la femme pourrait dans tous les cas prouver la consistance du mobilier dont elle réclame la restitution, tant par titres que par témoins et même par la commune renommée (arg. art. 1415 et 1504).

III. *Du délai accordé au mari pour la restitution de la dot.*

434. Art. 1564. *Si la dot consiste en immeubles, — Ou en meubles non estimés par le contrat de mariage, ou bien mis à prix, avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la propriété à la femme, — Le mari ou ses héritiers peuvent être contraints de la restituer sans délai, après la dissolution du mariage.*

Art. 1565. *Si elle consiste en une somme d'argent, — Ou en meubles mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en rend pas le mari propriétaire, — La restitution n'en peut être exigée qu'un an après la dissolution.*

Ces deux textes permettent d'établir la règle suivante : Toutes les fois que la restitution de la dot est due *en nature,* auquel cas le mari est débiteur d'un corps certain, la restitution doit être immédiate; au contraire, si la restitution de la dot est due *en argent,* le mari jouit du délai d'un an pour se libérer. Dans le premier cas, le mari doit la restitution immédiate, parce qu'on suppose qu'il a sous la main les objets à restituer; on lui accorde, dans le second, un délai d'un an, parce qu'on présume qu'il a fait emploi des fonds et qu'il a besoin d'un certain temps pour se procurer la somme à restituer. Le même motif existant quand le mari est débiteur d'une quantité, par exemple cent hectolitres de froment, on doit admettre qu'il jouit, dans ce cas aussi, du délai d'un an pour la restitution.

Le législateur aurait beaucoup mieux fait de formuler la règle ci-dessus indiquée, que d'entreprendre dans nos articles une énumération des cas auxquels cette règle s'applique; d'autant plus que l'énumération, comme il était facile de le prévoir, est incomplète. C'est ainsi que l'art. 1565 ne parle pas du cas où la dot consiste en immeubles estimés par le contrat avec déclaration que l'estimation vaut vente (art. 1552), et cependant il est certain que dans ce cas le mari, étant débiteur d'une somme d'argent, jouirait du délai d'un an pour la restitution.

435. C'est au moment où la restitution doit être faite qu'il faut se placer pour décider si le mari est débiteur d'un corps certain et doit restituer immédiatement, ou s'il est débiteur d'une somme d'argent ou d'une quantité et jouit à ce titre du délai d'un an. Ainsi la femme s'est constitué une dot en argent, mais avec clause d'emploi. Si le mariage vient à se dissoudre avant que l'emploi ait été effectué, le mari, qui, on le suppose, a reçu la dot, sera débiteur d'une somme d'argent, et jouira du délai

d'un an pour la restitution; mais, si l'emploi a été régulièrement effectué, le mari, se trouvant débiteur d'un corps certain lors de la dissolution du mariage, en devra la restitution immédiate.

En sens inverse, si la femme s'est constitué en dot une créance et que le mariage vienne à se dissoudre avant qu'elle ait été remboursée, le mari, étant débiteur d'un corps certain, devra restituer immédiatement; mais, si la créance a été remboursée, le mari, se trouvant débiteur d'une somme d'argent, jouira du délai d'un an pour la restitution.

Cette règle souffrirait toutefois exception au cas où la femme serait obligée d'accepter la restitution de sa dot en argent, parce que le mari aurait rendu impossible par sa faute la restitution en nature, par exemple s'il avait détruit une maison dotale. La femme aurait droit en ce cas à la restitution immédiate de la somme représentant la valeur de la maison, de même qu'elle aurait droit à la restitution immédiate de la maison elle-même, si le mari ne l'avait pas fait périr.

436. La disposition de l'art. 1565, qui accorde au mari ou à ses héritiers un délai d'un an pour la restitution de la dot, lorsque cette restitution doit s'effectuer en argent, déroge aux règles du droit commun, d'après lesquelles un débiteur, dont la dette est échue, doit payer immédiatement, lorsque la convention ne lui accorde aucun terme. Nous en concluons que cette disposition est de stricte interprétation. Ecrite en vue du cas où l'événement qui donne lieu à la restitution de la dot est la dissolution du mariage, elle ne saurait être étendue en dehors de cette hypothèse. Le mari pourra donc être tenu à la restitution immédiate de la dot au cas de divorce ou de séparation de corps ou de biens. D'ailleurs le mari ne peut pas dire qu'il est pris au dépourvu ; car il a été averti par la demande en divorce ou en séparation de l'imminence de la restitution de la dot, et il a pu prendre ses mesures en conséquence. Enfin le remède de la séparation de biens serait souvent illusoire, si le mari jouissait du délai d'un an pour la restitution de la dot. *Adde* arg. art. 1444.

IV. *De la restitution des fruits et intérêts de la dot.*

437. L'événement qui donne lieu à la restitution de la dot met fin au droit de jouissance du mari. Les fruits et intérêts des biens dotaux courent alors de plein droit au profit de la femme ou de ses héritiers (art. 1570 al. 1).

Sous le régime de la communauté, le mari acquérant les fruits naturels et industriels des propres de sa femme par la perception, il arrivera souvent, lors de la dissolution de l'association conjugale, que la quantité de fruits acquise par le mari ne sera pas exactement proportionnelle à la durée du temps pendant lequel il a supporté les charges du mariage : ce qui n'est pas très juste, car une jouissance affectée au soutien de certaines charges doit rationnellement être proportionnelle à la durée de ces charges. La même injustice ne peut pas se produire sous le régime dotal ; en effet aux termes de l'art. 1571 : « *A la dissolution du mariage, les fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme ou leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré, pendant la dernière année. — L'année commence à partir du jour où le mariage a été célébré* ». La loi étend donc aux fruits naturels et industriels des immeubles dotaux la règle, qui, sous la commu-

nauté, ne régit que les fruits civils, c'est-à-dire la règle de l'acquisition jour par jour. Le mari aura droit par suite à autant de récoltes entières que e mariage a duré d'années complètes, et en outre à une fraction de la récolte correspondant à la dernière année (celle dans laquelle le mariage a pris fin, et qui a pour point de départ le dernier anniversaire de la célébration du mariage), fraction qui sera exactement proportionnelle à la durée du mariage pendant cette dernière année. Ainsi un mariage célébré le 1er juillet 1875 s'est dissous le 1er août 1885, et a duré ainsi dix ans et un mois. Si, pendant cet intervalle, le mari a perçu dix récoltes produites par un immeuble dotal, il gardera ces dix récoltes ; quant à la récolte afférente à l'année dans laquelle le mariage s'est dissous, année qui a commencé le 1er juillet 1885, pour finir le 1er juillet 1886, le mari, qui n'a pas perçu cette récolte, a cependant le droit d'en réclamer un douzième, parce qu'il a supporté les charges du mariage pendant un douzième de cette année. En sens inverse, si le mari, dans l'intervalle écoulé du 1er juillet 1875 au 1er août 1885, avait perçu onze récoltes, la récolte de 1875 ayant été tardive et celle de 1885 ayant été précoce, il devrait restituer les onze douzièmes de la dernière.

En d'autres termes, on fait masse de tous les fruits perçus ou à percevoir pendant la dernière année, celle de la dissolution du mariage (elle a pour point de départ le dernier anniversaire de la célébration du mariage), et on attribue au mari une fraction de cette masse, proportionnelle à la durée du mariage pendant la dernière année. Le surplus revient à la femme ou à ses héritiers.

438. C'est le produit *net* des immeubles dotaux pendant la dernière année, c'est-à-dire le produit déduction faite des frais de labours, semences, etc., qui doit être partagé entre le mari et la femme ou leurs héritiers, suivant les règles qui viennent d'être établies. En effet c'est ce produit net qui est destiné à subvenir aux dépenses de la vie pendant l'année à laquelle il correspond.

439. En s'inspirant du motif qui a dicté la disposition de l'art. 1571 : proportionner exactement la part de fruits des biens dotaux, allouée au mari, à la durée du temps pendant lequel il a supporté les charges du mariage, on se trouve conduit aux solutions qui suivent :

1° Il y a lieu d'appliquer aux produits des biens dotaux, qui ne se perçoivent pas tous les ans, mais à des époques périodiques de plusieurs années, comme la coupe d'un bois taillis, le produit de la pêche d'un étang..., une règle analogue à celle qu'édicte l'art. 1571 en ce qui concerne les fruits annuels. Le mari acquerra donc ces fruits proportionnellement au temps pendant lequel il a supporté les charges du mariage. Ainsi, s'il s'agit d'un bois taillis dotal qui s'exploite tous les dix ans, et que le mari ait supporté les charges du mariage pendant quinze ans, il aura droit à une coupe entière et à la moitié de l'autre coupe faite ou à faire ;

2° S'il s'agit de fruits civils qui se perçoivent irrégulièrement, comme le prix de

location d'un café-concert, fixé, on le suppose, à un chiffre beaucoup plus élevé pour la saison d'été que pour celle d'hiver, il faudra faire masse de tous les fruits perçus ou à percevoir pendant la dernière année, qui a pour point de départ le dernier anniversaire de la célébration du mariage, et attribuer au mari une partie de ces fruits, proportionnelle à la durée de sa jouissance pendant cette dernière année;

3° La règle de l'art. 1571 doit être appliquée aux fruits des meubles dotaux, bien que la loi ne parle que des fruits des immeubles. C'est incontestable en ce qui concerne les fruits civils : le droit commun les attribue au mari proportionnellement à la durée de sa jouissance (art. 586). Mais la même règle doit être suivie, par application extensive de l'art. 1571, en ce qui concerne les fruits naturels ou industriels des meubles dotaux, par exemple le croît des animaux, *fœtus pecorum*. La loi a pu croire inutile de s'expliquer sur ce point, parce que les meubles ne produisent que tout à fait exceptionnellement des fruits naturels ou industriels;

4° Enfin la règle établie par l'art. 1571 s'applique, quel que soit l'évènement qui donne lieu à la restitution de la dot. Ordinairement c'est la dissolution du mariage, et c'est pourquoi la loi n'a mentionné que cette hypothèse.

V. *Des droits de viduité de la femme dotale.*

440. Aux termes de l'art. 1570 : « *Si le mariage est dissous par la* » *mort de la femme, l'intérêt et les fruits de la dot à restituer courent de* » *plein droit au profit de ses héritiers depuis le jour de la dissolution.* — » *Si c'est par la mort du mari, la femme a le choix d'exiger les intérêts* » *de sa dot pendant l'an du deuil, ou de se faire fournir des aliments pen-* » *dant ledit temps aux dépens de la succession du mari; mais, dans les* » *deux cas, l'habitation durant cette année, et les habits de deuil, doivent* » *lui être fournis sur la succession, et sans imputation sur les intérêts à* » *elle dus* ».

Ce texte, dont l'alinéa 1 a été expliqué tout à l'heure, accorde à la femme dotale, qui survit à son mari, trois droits connus sous le nom de droits de *viduité*.

1° La femme veuve peut se faire fournir des aliments aux frais de la succession de son mari pendant l'an du deuil, en sacrifiant durant ladite année les intérêts de sa dot, et aussi, quoique l'article ne le dise pas, les fruits naturels et civils de ses biens dotaux. Ainsi la loi accorde à la veuve dotale l'option entre les fruits et revenus de sa dot pendant l'an du deuil et ses aliments pendant ledit temps. Ce droit d'option n'appartient à la femme qu'autant qu'elle a une dot.

2° Quel que soit le sens dans lequel elle exerce son option, la femme a droit à l'habitation, aux frais de la succession de son mari, pendant l'an du deuil.

3° Quel que soit également le résultat de son option, la femme a le droit de se faire payer son deuil par la succession de son mari. Elle peut exiger que la valeur de ce deuil lui soit fournie en argent.

Si l'on compare, au point de vue des droits de viduité, la situation de la femme commune et celle de la femme dotale, on voit :

a. — Que la veuve dotale a droit aux aliments pendant un an aux frais de la suc-

cession de son mari, tandis que la veuve commune en biens n'y a droit que pendant trois mois et quarante jours. Mais, en revanche, la femme dotale paie en réalité les aliments que lui fournit la succession de son mari, puisqu'elle ne peut les obtenir qu'en sacrifiant les revenus de sa dot pendant l'an du deuil, tandis que la femme commune les obtient gratuitement;

b. — Au point de vue de l'habitation, la situation de la veuve dotale est évidemment plus avantageuse que celle de la veuve commune en biens, puisque la première a droit à l'habitation gratuite pendant un an, tandis que la seconde n'y a droit que pendant trois mois et quarante jours;

c. — En ce qui concerne le deuil, la situation est la même.

VI. *Dispositions spéciales.*

441. Des garanties accordées à la femme pour la restitution de sa dot. — La restitution de la dot est garantie par une hypothèque légale portant sur tous les immeubles du mari (art. 2121 et 2122). Cette hypothèque, qui existe indépendamment de toute inscription, prend rang au plus tôt à dater du jour du mariage (art. 2135-2°); elle ne permet donc pas à la femme de primer les créanciers de son mari, qui ont une hypothèque régulièrement inscrite avant le mariage. Sur ce point, le législateur moderne s'est écarté des traditions du droit romain, qui accordait à la femme pour la répétition de sa dot une hypothèque privilégiée, en vertu de laquelle elle primait tous les créanciers hypothécaires de son mari, même ceux antérieurs au mariage (loi *Assiduis*, 12, C., *Qui potiores in pignore*). C'était une exagération, l'art. 1572 en a fait justice : « *La femme et ses héritiers* » *n'ont point de privilège pour la répétition de la dot sur les créanciers* » *antérieurs à elle en hypothèque* ».

442. Du rapport de la dot. — D'après les principes du droit commun, le donataire, qui vient à la succession du donateur, doit le rapport de son don, à moins qu'il ne lui ait été fait expressément par préciput et hors part (art. 843). Le rapport est dû, alors même que la chose donnée aurait péri, si la perte est imputable au donataire ou à ses ayant cause, sauf à effectuer dans ce cas le rapport en moins prenant (arg. art. 855).

L'application de ces principes aurait conduit à décider :

1° Que, lorsqu'une fille a été dotée en argent par son père, elle doit rapporter le montant de sa dot à la succession de celui-ci, alors même que la dot aurait été dissipée par le mari et que son insolvabilité ne permettrait pas d'en obtenir la restitution;

2° Que si la dot constituée par le père consiste en un immeuble, et que le mari l'ait fait périr ou l'ait dégradé, la fille dotée devra rapporter à la succession de son père la valeur de l'immeuble détruit ou une somme égale à la moins-value résultant des dégradations (outre l'immeuble bien entendu), et cela alors même que l'insolvabilité du mari mettrait la femme dans l'impossibilité d'obtenir la restitution des sommes ou valeurs ainsi rapportées (arg. art. 863).

Cette double application des principes du droit commun a paru d'une rigueur excessive, pour le cas où le mari était insolvable lors du mariage et n'avait à cette époque ni art ni profession. Il y a eu alors imprudence de la part du père, faute lourde même, à confier la dot au mari, et il ne serait pas juste que les conséquences

de cette faute retombassent sur la fille dotée. Aussi la loi décide-t-elle que la fille ne rapportera à la succession de son père que l'action qu'elle a contre la succession de son mari (la loi le suppose décédé lui aussi) pour se faire rembourser la dot : ce qui revient à dire que la femme ne rapportera rien, si le mari est mort complètement insolvable; car c'est ne rien rapporter que de rapporter une action contre la succession d'un insolvable. La perte de la dot sera donc supportée par la succession du père qui est vraiment l'auteur de cette perte, en ce sens qu'elle est la conséquence de sa faute. Il n'y a plus aucune faute à reprocher au constituant, si le mari auquel il a confié la dot était solvable lors du mariage, ou s'il avait alors un métier ou une profession lui tenant lieu de bien ; aussi la loi décide-t-elle que la perte de la dot, provenant de l'insolvabilité du mari, retombera dans ce cas sur la femme.

Tout cela résulte de l'art. 1573, ainsi conçu : « *Si le mari était déjà insolvable, et » n'avait ni art ni profession lorsque le père a constitué une dot à sa fille, celle-ci ne » sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de » son mari, pour s'en faire rembourser. — Mais si le mari n'est devenu insolvable » que depuis le mariage, — Ou s'il avait un métier ou une profession qui lui tenait » lieu de bien, — La perte de la dot tombe uniquement sur la femme* ».

Le texte que nous venons de transcrire déroge au droit commun; à ce titre il doit recevoir l'interprétation restrictive. Or, la place même qu'occupe notre article démontre qu'il n'a été écrit qu'en vue de la fille mariée sous le régime dotal; donc la fille mariée sous un autre régime n'en peut pas invoquer le bénéfice. C'est tout au plus si le principe que nous venons de rappeler permet d'étendre à la dot constituée par la mère ou par un aïeul la règle que l'article formule en ce qui concerne la dot constituée par le père; il ne permettrait certainement pas de l'étendre à la dot constituée par toute autre personne.

SECTION IV

DES BIENS PARAPHERNAUX

443. Nous avons déjà analysé (*supra* n. 346) la disposition de l'art. 1574, ainsi conçu : « *Tous les biens de la femme qui n'ont pas été » constitués en dot, sont paraphernaux* ». Les droits de la femme dotale sur ses paraphernaux sont les mêmes que ceux de la femme séparée contractuellement sur ses biens en général.

Tous les biens de la femme peuvent être paraphernaux. Il n'y a plus alors qu'un régime dotal décapité, puisque la dotalité, qui en est le trait le plus saillant, se trouve supprimée. C'est le régime dotal sans dot. La situation des époux ressemble alors beaucoup à celle qu'ils auraient s'ils étaient séparés de biens.

En effet, d'une part, aux termes de l'art. 1575 : « *Si tous les biens de » la femme sont paraphernaux, et s'il n'y a pas de convention dans le » contrat pour lui faire supporter une portion des charges du mariage, la » femme y contribue jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus* ». L'art. 1537 contient une disposition semblable pour la femme séparée de biens.

Et d'autre part, la femme aura en pareil cas l'administration et la jouissance de tous ses biens; car, aux termes de l'art. 1576 : « *La*

» *femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux ;* » — *Mais elle ne peut les aliéner ni paraître en jugement à raison des-* » *dits biens, sans l'autorisation du mari ou, à son refus, sans la permis-* » *sion de la justice* ». Cpr. art. 1536 et 1538.

Nous connaissons par avance les dispositions des art. 1577 à 1580, ainsi conçus :

Art. 1577. *Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire.*

Art. 1578. *Si le mari a joui des biens paraphernaux de sa femme, sans mandat, et néanmoins sans opposition de sa part, il n'est tenu, à la dissolution du mariage, ou à la première demande de la femme, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors.*

Art. 1579. *Si le mari a joui des biens paraphernaux malgré l'opposition constatée de la femme, il est comptable envers elle de tous les fruits tant existants que consommés.*

Art. 1580. *Le mari qui jouit des biens paraphernaux est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier.*

Cpr. *supra* n. 339.

Les biens paraphernaux sont aliénables, à la différence des biens dotaux. Il en résulte, nous l'avons déjà dit, que l'exécution des engagements, valablement contractées par la femme pendant la durée du mariage, peut être poursuivie sur ses biens paraphernaux.

Disposition particulière. — De la société d'acquêts.

444. Il était d'usage dans certains pays de droit écrit, et notamment dans le ressort du parlement de Bordeaux, de mitiger le régime dotal en lui adjoignant une société d'acquêts. Cette combinaison remédie à l'un des inconvénients du régime dotal pur, qui, en attribuant au mari la totalité des économies réalisées pendant la durée de l'association conjugale, semble inviter la femme à se désintéresser de la gestion économique des revenus affectés aux charges du mariage. En effet la société d'acquêts permet à la femme d'avoir sa part de ces économies. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales suffisait certainement pour autoriser une semblable stipulation sous notre droit actuel. Le législateur a cru cependant devoir s'en expliquer catégoriquement. Aux termes de l'art. 1581 : « *En se soumettant* » *au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société* » *d'acquêts, et les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux* » *articles* 1498 *et* 1499 ».

La stipulation d'une société d'acquêts n'apporte aucune modification aux principes constitutifs du régime dotal. C'est ainsi que les biens de la femme continuent à se diviser en dotaux et en paraphernaux. Les règles contenues dans les art. 1541 et s. président à la composition de la dot, et les droits du mari sur les biens dotaux sont régis par les art. 1549 à 1553. De même le principe de l'inaliénabi-

lité de la dot persiste avec toutes ses conséquences. Il en résulte notamment que la femme ne peut pas, pendant la durée du mariage, renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de sa dot, même mobilière dans le système de la jurisprudence. Enfin la restitution de la dot reste soumise aux règles écrites dans les art. 1564 et s.

Les effets de la société d'acquêts sont réglés comme il est dit aux art. 1498 et 1499. Ce sont les termes mêmes de l'art. 1581 *in fine*. L'actif de la société d'acquêts comprend donc : 1° les produits du travail et de l'industrie commune des époux ; 2° les économies réalisées sur les revenus de leurs biens quels qu'ils soient, même des paraphernaux ; 3° les biens acquis à titre onéreux par les époux ou par l'un d'eux pendant la durée de l'association conjugale, sauf les cas de subrogation et de remploi. Cpr. *supra*, n. 254.

L'administration de la société d'acquêts appartient au mari, avec les pouvoirs conférés par l'art. 1421.

La société d'acquêts se dissout par les mêmes causes que la communauté légale.

La femme jouit du droit d'option conféré par l'art. 1453.

Les effets soit de son acceptation, soit de sa renonciation sont les mêmes que sous le régime de la communauté légale.

Et toutefois ce dernier principe comporte certaines restrictions.

D'une part, au cas de renonciation, la femme peut exercer son hypothèque légale pour ses reprises dotales, sur les immeubles de la société d'acquêts, de même que sur ceux de son mari, même au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est personnellement obligée, et aussi au préjudice des tiers acquéreurs et des créanciers hypothécaires du mari, alors même qu'elle aurait concouru aux aliénations ou aux constitutions d'hypothèques. La raison en est que la femme n'a pu, par aucun acte accompli pendant la durée du mariage, porter atteinte à l'efficacité de son hypothèque légale pour ses reprises dotales. Il en serait autrement d'une femme mariée sous le régime de la communauté.

D'autre part, l'acceptation de la femme, faite pendant le cours du mariage, ce qui peut arriver au cas de séparation de corps ou de biens, ne peut pas compromettre les droits résultant pour elle de son hypothèque légale sur les conquêts de la communauté, en tant que cette hypothèque garantit la restitution de sa dot inaliénable. La femme pourra donc, malgré son acceptation, et à la différence de ce qui aurait lieu si elle était mariée sous le régime de la communauté (*infra* n. 1252), exercer son hypothèque légale pour ses reprises dotales sur les conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari, eût-elle concouru personnellement à l'aliénation ou à la constitution d'hypothèque. En effet elle n'a pas pu renoncer soit expressément, soit tacitement pendant le cours du mariage à son hypothèque légale pour ses reprises dotales.

Il en serait autrement de l'acceptation faite par la femme après la dissolution du mariage. A ce moment la dot a cessé d'être inaliénable, et par conséquent la femme peut renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de cette dot ; c'est ce qu'elle fait, suivant l'opinion générale, relativement aux conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari, en acceptant la communauté : elle ratifie ainsi l'aliénation ou la constitution d'hypothèque et se rend non recevable à inquiéter les acquéreurs ou les

créanciers hypothécaires, ou mieux, elle prend définitivement la qualité d'associée et subit les conséquences des actes accomplis par le chef de la société qu'elle reconnaît pour son mandataire.

* L'acceptation de la femme, survenue après la dissolution du mariage, la rend-elle non recevable à se prévaloir de son hypothèque légale pour ses reprises dotales, au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est personnellement obligée durant le mariage? Nous ne le pensons pas. D'abord, si l'obligation contractée par la femme n'est pas tombée à la charge de la société d'acquêts, comme il arrivera la plupart du temps si elle s'est obligée avec l'autorisation de la justice (art. 1426 et 1427), nous ne voyons pas comment l'acceptation de la société d'acquêts pourrait modifier la situation de la femme à l'encontre de son créancier, puisqu'il n'est pas créancier de la société d'acquêts. La question est plus délicate s'il s'agit d'une obligation tombée dans la société d'acquêts du chef de la femme. On peut soutenir qu'en acceptant la société d'acquêts, la femme contracte une nouvelle obligation personnelle envers son créancier, et que cette obligation étant postérieure à la dissolution du mariage entraîne de la part de la femme renonciation à son hypothèque légale au profit de ce créancier. Mais d'abord l'acceptation de la femme n'entraîne en tout cas une obligation personnelle de sa part que pour la moitié de la dette. Ensuite, même dans cette mesure, la femme ne s'oblige que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483). Or les reprises dotales de la femme ne font pas partie de son émolument (*supra* n. 242). Nous concluons que l'acceptation de la société d'acquêts ne prive pas la femme du droit de faire valoir son hypothèque légale pour ses reprises dotales, au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est personnellement obligée durant le mariage. La solution contraire triomphe en doctrine.

444 *bis*. Sur un certain nombre de points, l'alliance du régime dotal et du régime de la communauté, fruit de la stipulation d'une société d'acquêts, ne va pas sans difficulté, à raison du conflit qui s'élève entre les règles opposées des deux régimes. Dans ce conflit nous estimons, d'une manière générale, qu'il y a lieu de faire prévaloir les règles du régime dotal, soit parce que la société d'acquêts n'est qu'accessoire au régime dotal, soit parce que, la stipulation de la société d'acquêts étant faite dans l'intérêt de la femme, il ne faut pas retourner cette stipulation contre elle, en l'interprétant dans le sens d'une renonciation aux avantages du régime dotal. D'après cette vue nous déciderons :

1° Que les droits de viduité de la femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, sont régis par l'art. 1570 et non par l'art. 1465.

2° Que l'administration et la jouissance des biens paraphernaux appartiennent à la femme et non au mari, à moins que le contrat de mariage ne contienne une clause contraire. D'ailleurs la femme doit verser entre les mains de son mari les économies par elle réalisées sur les revenus de ses paraphernaux, car ces économies appartiennent à la société d'acquêts dont le mari est le chef.

3° Qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 1571 pour le partage des fruits des biens dotaux de la dernière année du mariage. Quant aux fruits des biens du mari et à ceux des paraphernaux, il y aura lieu d'appliquer le droit commun, et par conséquent les fruits pendants lors de la dissolution du régime appartiendront à l'époux propriétaire. — C'est impossible, dit-on. On ne peut pas avoir ainsi deux poids et deux mesures. La même règle doit être appliquée à tous les biens des époux pour l'acquisition des fruits de la dernière année, c'est-à-dire la règle du droit commun, celle de l'acquisition par la perception, puisqu'on ne peut pas songer à étendre l'art. 1571, à cause de son caractère exceptionnel. L'objection ne nous paraît pas sans réplique. Le droit commun, qu'on est forcé d'appliquer ici aux biens du mari et aux paraphernaux, conduira presque toujours à une injustice dont profitera soit l'époux

propriétaire, soit la société d'acquêts (*supra* n. 437). Quel besoin y a-t-il d'étendre cette injustice aux biens dotaux ? Nous y consentirions encore si la seconde injustice devait compenser la première. Mais elle peut l'aggraver, et alors il y a double raison pour l'écarter.

* **444** *ter*. La femme qui se marie sous le régime dotal avec société d'acquêts, peut-elle valablement stipuler que la part qui lui sera attribuée par le partage dans les acquêts sera dotale? Une semblable stipulation nous paraît licite. Elle ne porte aucune atteinte aux droits qui appartiennent au mari comme chef, car le mari conserve tant que dure l'association conjugale le droit d'aliéner les conquêts ; la dotalité n'atteindra que les biens mis par le partage au lot de la femme, et naturellement le partage ne comprendra que les conquêts qui n'auront pas été aliénés par le mari. V. cep. Cass., 29 juin 1847, Dalloz, 1847. 1. 295. D'un autre côté, il ne faut pas objecter que l'on frappe ainsi de dotalité des biens acquis par la femme après la dissolution du mariage. L'objection n'a pas de sens au cas où l'association conjugale se dissout par la séparation de corps ou de biens, et elle ne porte pas si la dissolution a lieu par la mort de l'un des époux ou par le divorce, car en vertu de l'effet rétroactif attaché au partage, la femme sera considérée comme ayant été propriétaire des biens mis dans son lot, à dater du jour de leur acquisition, donc à une époque antérieure à la dissolution du mariage. Cpr. *supra* n. 225.

L'utilité de la stipulation qui nous occupe apparaît manifestement au cas où la société d'acquêts se dissout par la séparation de corps ou de biens. En rendant dotaux les biens échus à la femme par le partage, elle les rendra d'une part inaliénables pendant toute la durée du mariage, et d'autre part les soustraira, même après la dissolution du mariage, aux poursuites des créanciers envers lesquels la femme se sera obligée durant le mariage (1). Ce dernier effet pourra seul se produire au cas où la société d'acquêts viendrait à se dissoudre par la mort de l'un des époux ou par le divorce. Et encore la femme ne pourrait-elle pas s'en prévaloir en tant qu'elle serait poursuivie comme commune en biens et dans la mesure de son émolument ; car son obligation de chef résultant de son acceptation, c'est-à-dire d'un fait postérieur à la dissolution du mariage serait exécutoire sur ses biens dotaux.

La stipulation que tous les biens à venir de la femme seront dotaux nous paraît suffisante pour frapper de dotalité la part de la femme dans les acquêts.

Sur les diverses questions qui s'agitent en cette matière, voyez de Loynes sur Tessier, *Traité de la société d'acquêts*.

TITRE VI

De la vente.

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE ET DE LA FORME DE LA VENTE

445. La vente est un perfectionnement de l'échange. *Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit,* dit la l. 1, D., *De contr. empt.* L'échange peut suffire aux besoins peu nombreux d'un peuple encore à l'état d'enfance. Mais, à mesure que s'ouvre la voie du progrès,

(1) Toutefois les obligations contractées par la femme relativement à l'administration de ses biens, depuis la séparation de corps ou de biens seraient exécutoires sur tous ses biens, y compris ses biens dotaux.

l'imperfection de ce procédé ne tarde pas à se faire sentir, et la vente apparaît comme l'une des premières conquêtes de la civilisation ; elle est aujourd'hui le principal moteur du monde économique.

446. Oudot définit la vente : Un acte qui, consenti volontairement ou subi par une nécessité légale, remplace dans le patrimoine un bien quelconque par sa valeur en numéraire. La vente n'est ici envisagée que dans ses effets par rapport au vendeur. Elle est envisagée dans ses effets à l'égard des deux parties contractantes dans cette autre définition de l'art. 1582 al. 1 : « *La vente est une convention par laquelle* » *l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ». La loi ne dit pas assez en déclarant que le vendeur s'oblige à *livrer* la chose vendue ; il s'engage en outre à en transférer la propriété à l'acheteur. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'art. 1599, aux termes duquel : « La » vente de la chose d'autrui est nulle ». Comment expliquer cette disposition, sans admettre que la loi considère le vendeur comme s'obligeant à rendre l'acheteur propriétaire ? Le vendeur est dans l'impossibilité de remplir (immédiatement au moins) cette obligation, quand la chose qu'il vend appartient à autrui, et voilà pourquoi la loi déclare la vente nulle.

Il y a sur ce point une différence fort importante à signaler entre le droit français actuel et le droit romain, dont les traditions avaient été suivies dans notre ancienne législation. En droit romain, le vendeur ne contracte pas l'obligation précise de rendre l'acheteur propriétaire ; il s'engage seulement à lui *faire avoir* la chose vendue, c'est-à-dire à lui en procurer la paisible possession à titre de propriétaire. *Venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat,* dit la l. 30, § 1, D., *De act. empti.* Et comme l'accomplissement de cette obligation est possible même relativement à la chose qui appartient à autrui, il s'ensuit que la vente de la chose d'autrui est valable. L'acheteur, mis en possession, qui vient à découvrir qu'il n'est pas propriétaire, parce que son vendeur ne l'était pas lui-même, ne peut donc élever aucune réclamation, tant qu'il n'est pas troublé dans la possession qu'il exerce à titre de propriétaire de la chose. Dans notre droit actuel, au contraire, on suppose que celui qui achète entend devenir propriétaire ; et, comme la vente ne peut pas produire ce résultat quand la chose vendue n'appartient pas au vendeur, la loi permet à l'acheteur de demander la nullité du contrat (art. 1599).

Toutefois il n'est pas de l'essence de la vente que le vendeur s'oblige à transférer la propriété à l'acheteur ; la loi suppose seulement que telle a été l'intention des parties quand elles ne se sont pas expliquées. Mais le principe de la liberté des conventions permettrait certainement de faire une vente, dans laquelle le vendeur s'engagerait seulement à procurer à l'acheteur la paisible possession de la chose vendue ; en d'autres termes, on pourrait, sous l'empire de nos lois actuelles, faire

une vente romaine. Et la convention serait une véritable vente, produisant, sauf la restriction relative à la translation de la propriété, tous les effets de la vente ordinaire, notamment au point de vue de la rescision pour cause de lésion (art. 1674). C'est peut-être parce que l'obligation de transférer la propriété est seulement de la *nature,* et non de l'*essence* de la vente, que l'art. 1582 se borne à dire que le vendeur s'oblige à livrer la chose. En tout cas, le législateur aurait dû ajouter que le vendeur s'engage à procurer à l'acheteur la possession *à titre de propriétaire;* car autrement l'obligation du vendeur ne se distinguerait pas de celle d'un bailleur.

447. Telle est l'obligation du vendeur : c'est, en règle générale, une obligation de *donner,* c'est-à-dire de transférer la propriété.

Nous savons que la loi considère cette obligation comme immédiatement exécutée, de sorte que l'acheteur, au moins dans ses rapports avec son vendeur, devient par le seul effet du consentement propriétaire de la chose vendue. L'art. 1138 l'a déjà dit; l'art. 1583 le répète : « *Elle* [la vente] *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise* » *de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la* » *chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix* » *payé* ». D'ailleurs, c'est celui qui achète qui devient propriétaire, alors même que le prix serait fourni par une autre personne. Alger, 6 mars 1882, Sir., 84. 2. 137. — Sur la question de savoir comment l'acheteur devient propriétaire à l'égard des tiers, voyez t. II, n. n. 873 à 876.

Nous savons aussi que les risques sont au compte de l'acheteur, aussitôt que la vente est parfaite. V. art. 1138, et t. II, n. n. 882 et s.

Bornons-nous à rappeler ici que le transport immédiat de la propriété et des risques suppose que la chose vendue est un corps certain. Si la vente porte sur une chose *in genere,* par exemple 20 hectolitres de froment, l'acheteur ne deviendra propriétaire et ne supportera les risques que lorsque la chose vendue aura été déterminée : ce qui n'a lieu ordinairement que par la tradition.

448. Quant à l'obligation de l'acheteur, elle consiste, dit l'art. 1582, à payer le prix de la chose. Ce prix doit nécessairement consister en une somme d'argent, ainsi que nous le verrons tout à l'heure.

§ I. *Des éléments essentiels au contrat de vente.*

449. On voit par l'art. 1582 qu'il y a trois éléments essentiels dans la vente, savoir le consentement des parties, une chose qui fasse l'objet du contrat et un prix : *consensus, res, pretium.* Etudions successivement ces trois éléments.

N° 1. Du consentement des parties.

450. Le consentement des parties doit exister relativement à la chose et au prix, et en outre, ajoute Pothier, *relativement à la vente,* c'est-à-dire que les parties doivent être d'accord sur ce point qu'il s'agit d'une

vente. Ainsi j'offre de vous vendre ma maison moyennant une rente perpétuelle de 3,000 fr. par an; vous entendez que je propose de vous louer ma maison pour 3,000 fr. par an, et vous déclarez accepter ma proposition. Rien n'est fait. Nous ne sommes pas d'accord : il n'y a pas consentement, par suite pas de contrat. C'est un malentendu.

I. *Des promesses de vente.*

451. Le consentement des parties donne lieu à des observations particulières en ce qui concerne les *promesses de vente.* On en distingue deux espèces : les promesses synallagmatiques et les promesses unilatérales.

A. *Des promesses de vente synallagmatiques.*

452. La promesse de vente synallagmatique consiste dans une promesse réciproque de vendre et d'acheter. Quel est l'effet d'une semblable promesse ? L'art. 1589, écrit exclusivement en vue de cette hypothèse, répond : « *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». Ainsi je promets de vous vendre ma maison moyennant 20, 000 fr. ; vous promettez vous-même d'acheter aux conditions proposées ; cette double promesse vaut vente. La loi ne voit pas de différence entre cette formule : *Je promets vendre, je promets acheter,* et cette autre : *Je vends, j'achète.* La vente sera donc parfaite immédiatement; elle transfèrera la propriété à l'acheteur et mettra les risques à sa charge (arg. art. 1138 et 1583).

Qu'il en soit ainsi lorsque la promesse de vendre et d'acheter est pure et simple, cela paraît certain (Cass., 26 mars 1884, Sir., 86. 1. 341); et nous croyons que la même solution doit être admise au cas d'une promesse conditionnelle ou à terme.

Il n'y a guère de dissidences pour le cas où la promesse est conditionnelle. En effet, en vertu du principe de rétroactivité édicté par l'art. 1179, la vente résultant d'une promesse conditionnelle doit, la condition une fois accomplie, être considérée comme parfaite à dater du jour même de la promesse, et c'est par suite à compter de cette époque que la propriété aura été transférée à l'acheteur.

Mais on conteste qu'il doive en être de même au cas où la promesse de vendre et d'acheter est à terme. J'ai promis de vous vendre et vous avez promis d'acheter ma maison *dans un an* moyennant 20,000 fr. La vente, dit-on, ne deviendra parfaite qu'à l'expiration du terme fixé, et c'est seulement à dater de cette époque que l'acheteur deviendra propriétaire et supportera les risques ; il le faut nécessairement, sous peine de ne tenir aucun compte de la volonté bien évidente des parties, qui ont promis de vendre et d'acheter dans un an, et non pas immédiatement. — Mais cependant la loi dit, dans les termes les plus généraux, que la promesse de vente vaut vente, sans distinguer si la promesse est pure et simple, à terme ou conditionnelle. Dès lors n'est-on pas autorisé à dire : « De même que la promesse de vente pure et simple équivaut à une vente pure et simple, et la promesse de vente conditionnelle à une vente conditionnelle, de même la promesse de vente à terme doit équivaloir à une vente à terme; or la vente à terme est parfaite *hic et nunc,* elle rend l'acheteur immédiatement propriétaire et met immédiatement les risques à sa charge ; donc la

promesse de vente à terme doit produire les mêmes effets ». On objecte que cela est contraire à la volonté des parties ! — Sans doute, si cette volonté apparaît clairement soit par les termes de l'acte, soit par les circonstances, il faudra s'y conformer; car elle est le régulateur suprême, quand l'ordre public n'est pas en cause. Mais, dans le doute, nous croyons qu'il y aurait lieu de s'en tenir au texte de la loi. Après tout, il est fort possible que les parties, qui ont promis de vendre et d'acheter dans un an, aient entendu seulement différer jusqu'à l'expiration du terme fixé l'exécution des obligations résultant du contrat, mais non renvoyer à cette époque la *formation* même de ces obligations.

B. *Des promesses unilatérales de vendre ou d'acheter.*

453. Il y a promesse unilatérale de vendre, lorsqu'une personne promet à une autre de lui vendre, sans que celle-ci promette d'acheter, et promesse unilatérale d'acheter, lorsqu'une personne promet à une autre d'acheter, sans que celle-ci promette de vendre.

1. *De la promesse unilatérale de vendre.*

454. J'ai promis de vous vendre ma maison moyennant 20,000 fr., si, d'ici à six mois, vous consentez à l'acheter pour ce prix. Tant que vous n'aurez pas manifesté l'intention de me considérer comme lié par cette proposition, elle ne sera pas obligatoire pour moi; ce sera une simple pollicitation, *solius offerentis promissio,* que je pourrai retirer quand bon me semblera; car je ne puis pas m'obliger envers vous par ma seule volonté. Jusqu'à ce que votre volonté se soit réunie à la mienne, il ne peut y avoir contrat, ni par suite obligation.

Mais voilà que vous venez me dire : « Je m'empare de votre proposition ; je vous tiens en conséquence pour obligé à me vendre votre maison moyennant 20,000 fr., si j'en manifeste la volonté dans le délai convenu ». A dater de ce moment, il y a concours de volontés et par suite contrat. Ce n'est pas un contrat de vente, sans doute (car, si j'ai promis de vendre, vous n'avez pas promis d'acheter), mais un contrat d'une nature particulière, qui m'oblige sans vous obliger, un contrat *unilatéral.* Vous n'êtes pas encore acheteur, mais vous avez le droit de le devenir.

On s'explique difficilement que ce point ait pu être contesté soit en doctrine, soit en jurisprudence. Il est vrai que le contrat est fait sous une condition potestative; mais la condition est potestative de la part de celui envers qui l'obligation est contractée ; or l'art. 1174 ne déclare nulle que l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Cpr. Cass., 10 décembre 1883, Sir., 84. 1. 390.

Supposons maintenant qu'avant l'expiration du délai fixé, vous manifestiez définitivement la volonté d'acheter pour le prix convenu. A dater de ce moment, il existe une promesse de vendre et une promesse d'acheter; et, comme cette double promesse vaut vente, aux termes de l'art. 1589, il en résulte que la vente est désormais parfaite.

Elle est parfaite, alors même que je prétendrais avoir changé d'avis dans l'intervalle, car je suis lié par ma promesse.

Et toutefois, si le vendeur refuse d'exécuter le contrat, le conflit qui existe entre lui et l'acheteur nécessitera l'intervention de la justice. Quel sera alors l'office du juge ? On a dit que le juge devra condamner le vendeur à *passer contrat*. Il nous paraît plus exact de dire que le juge devra purement et simplement constater l'existence de la vente et en ordonner l'exécution ; le jugement tiendra lieu d'acte.

* **455.** La promesse unilatérale de vente ne valant vente qu'à partir du jour où elle a été définitivement acceptée, il en résulte que c'est seulement à dater de ce moment que l'acheteur devient propriétaire et que les risques sont pour son compte. Cpr. Cass., 10 mars 1886, Sir., 87. 1. 83, sol. implic. Jusque-là la promesse de vente ne fait naître à son profit qu'un droit personnel, et par suite il devrait respecter les aliénations et les constitutions de droits réels procédant du chef du vendeur et qui seraient devenues efficaces à l'égard des tiers par l'accomplissement des formalités prescrites ; le tout sauf son recours en dommages et intérêts contre le vendeur.

Dans une autre opinion, on dit que la promesse unilatérale de vente fait naître à la charge du promettant, quand elle est sortie du domaine des simples pollicitations, une obligation conditionnelle de transférer la propriété : il s'oblige à transférer la propriété de la chose sous cette condition : *si le stipulant agrée définitivement la proposition dans le délai fixé*. Cette condition, une fois accomplie, doit, dit-on, rétroagir au jour de l'engagement (art. 1179); donc c'est à partir de cette époque que le stipulant sera censé avoir acquis la propriété, si plus tard il adhère à la promesse. — Nous rejetons cette opinion comme contraire à l'art. 1138, d'après lequel l'obligation de livrer la chose, c'est-à-dire de transférer la propriété, ne devient parfaite et ne rend le créancier propriétaire que par le consentement des parties contractantes (cpr. art. 1583); or ce consentement n'existe ici que lorsque l'acheteur a définitivement agréé la promesse de vente.

456. Ordinairement la promesse unilatérale de vente est accompagnée de la fixation d'un délai, à l'expiration duquel le promettant sera considéré comme délié de son engagement, si celui à qui la promesse a été faite n'y a pas définitivement adhéré. En supposant qu'aucun délai n'ait été fixé, faut-il dire que le promettant sera lié indéfiniment? On ne peut guère admettre que telle ait été l'intention des parties; il est bien plus vraisemblable qu'un terme a été tacitement convenu. Si les intéressés ne s'accordent pas pour sa fixation, la justice le déterminera sur la demande du promettant.

* **457.** A la promesse unilatérale de vendre se rattache le *pacte de préférence*, qui n'est autre chose que la convention par laquelle un propriétaire s'engage, pour le cas où il se déciderait à vendre sa chose, à la vendre *de préférence*, et, toutes choses égales d'ailleurs, à telle personne déterminée. C'est une promesse de vente unilatérale, sauf que cette promesse ne doit produire d'effet que *si le propriétaire se décide à aliéner*. Il n'y a pas là, comme on l'a prétendu, une condition *potestative* de la part du promettant, qui devrait rendre la convention nulle aux termes de l'art. 1174: un propriétaire peut en effet se trouver forcé de vendre par les circonstances.

Le pacte de préférence n'engendre aucun droit réel au profit du stipulant. Toulouse, 17 mai 1880, Sir., 80. 2. 322.

2. *De la promesse unilatérale d'acheter.*

458. Je promets d'acheter votre maison moyennant 20,000 fr., si vous consentez à me la vendre pour ce prix dans le délai d'un an. Quand vous aurez manifesté la volonté de tenir cette promesse pour

obligatoire, elle sortira du domaine des pollicitations pour entrer dans celui des contrats unilatéraux.

La promesse unilatérale d'acheter produit un effet analogue à celui qu'engendre la promesse unilatérale de vendre, c'est-à-dire qu'elle n'oblige que le promettant. L'autre partie n'est pas liée : elle peut vendre à qui bon lui semble ou ne pas vendre du tout. Le risque de la perte totale est à sa charge.

* Au cas de perte partielle, nous croyons qu'il y aurait lieu d'appliquer par analogie l'art. 1601.

II. *Des arrhes.*

459. On donne le nom d'*arrhes* à une somme d'argent (ou toute autre chose mobilière) que l'une des parties remet à l'autre au moment de la conclusion d'un contrat. La loi parle des arrhes au sujet des promesses de vente.

Les arrhes peuvent présenter l'une ou l'autre de ces deux significations. Ou bien elles sont dans la pensée des parties un témoignage de la conclusion définitive du contrat, *argumentum emptionis et venditionis contractæ :* c'est le *denier à Dieu.* Ou bien au contraire elles signifient que les parties n'ont pas entendu se lier définitivement, mais qu'elles ont voulu se réserver mutuellement la faculté de se dédire en perdant la valeur des arrhes. Dans le premier cas, les arrhes nous apparaissent comme mettant le sceau au contrat (*arrha in signum consensus interpositi data*); dans le deuxième, comme attestant sa fragilité, puisqu'elles ne sont qu'un moyen de dédit (*arrha quæ ad jus pœnitendi pertinet*).

Quand les parties ont indiqué expressément ou tacitement le caractère qu'elles entendaient assigner aux arrhes, leur volonté doit être suivie. Mais que décider si cette volonté demeure incertaine? Dans le cas où les arrhes ont été données à l'occasion d'une promesse de vente synallagmatique, la loi présume que, dans la pensée des contractants, elles constituent un moyen de dédit; chaque partie pourra donc se départir de la promesse en perdant la valeur des arrhes. « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir. — Celui qui les a données, en les perdant, — Et celui qui les a reçues, en restituant le double* » (art. 1590). Celui qui a reçu les arrhes doit, s'il veut se départir, les restituer et donner en sus une somme égale à leur valeur; car il ne peut se dédire qu'en perdant la valeur des arrhes, et il ne perdrait rien s'il se bornait à une restitution simple de ce qu'il a reçu. C'est là ce que la loi appelle *restituer le double,* expression assez impropre, car on ne peut restituer que ce que l'on a reçu.

La faculté pour chaque partie de se dédire en perdant la valeur des arrhes ne peut

être exercée que pendant le délai convenu, et, si aucun délai n'a été fixé, jusqu'à l'exécution de la convention soit par les deux parties, soit même par l'une d'elles seulement, si, comme il arrivera le plus souvent, l'autre partie a concouru à cette exécution en l'acceptant, auquel cas l'une comme l'autre a renoncé implicitement au droit de se dédire.

460. Comme on ne verrait aucune bonne raison pour ne pas appliquer aux arrhes données à l'occasion d'une vente ce que la loi dit des arrhes qui accompagnent une promesse de vente synallagmatique, et que d'ailleurs la loi paraît avoir assimilé de tous points ces deux contrats, on doit en conclure qu'à défaut d'une manifestation de volonté contraire par les parties, les arrhes données à l'occasion d'une vente devraient être considérées comme un moyen de dédit, conformément à l'art. 1590: — Même solution pour les arrhes données à l'occasion d'une promesse d'échange. Lyon, 2 juillet 1875, Sir., 76. 2. 240.

461. Il ne faut pas confondre avec les arrhes les sommes données par l'acheteur au vendeur à titre d'acomptes sur le prix. La question de savoir si une somme d'argent, remise par l'acheteur au vendeur lors de la conclusion du contrat, doit être considérée comme donnée à titre d'arrhes ou à titre d'acompte sur le prix, est une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par le juge.

N° 2. De la chose.

462. La vente, comme tout contrat, doit nécessairement avoir un objet, *res quæ veneat.* Il y a lieu d'appliquer sur ce point les règles écrites dans les art. 1126 à 1130. V. t. II, n. n. 835 et s.

N° 3. Du prix.

463. Le prix de la vente doit consister en argent, *in numerata pecunia consistere debet.* La loi a cru inutile de le dire, parce que cela va de soi, la vente ne pouvant se distinguer que par là de l'échange.

V. cependant Cass., 26 février 1883, Sir., 86. 1. 66.

Le prix peut d'ailleurs consister soit en un capital, soit en une rente, et, dans ce dernier cas, la rente peut être perpétuelle ou viagère.

Le prix doit être sérieux, autrement la vente n'existerait pas. Entendez par prix sérieux celui qui a été stipulé par le vendeur avec l'intention sérieuse de l'exiger. Ne présenterait pas ce caractère le prix que le vendeur aurait stipulé *nugatorie :* tel serait le cas, cité par la loi romaine, de la vente d'une maison pour un seul écu, *nummo uno.* Ne stipuler aucun prix ou stipuler un prix dérisoire, c'est la même chose.

Le prix peut être sérieux tout en étant très inférieur à la valeur réelle de la chose; on dit alors que le prix est *vil.* Il importe de ne pas confondre le prix *non sérieux* avec le prix *vil;* car l'absence d'un prix sérieux entraîne dans tous les cas l'inexistence de la vente, tandis que la vileté du prix sera souvent sans influence sur la validité du contrat. La vileté du prix n'est en effet une cause de rescision de la vente que dans le cas prévu par l'art. 1674, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un immeuble et que le prix moyennant lequel il a été vendu est inférieur aux cinq douzièmes de sa valeur réelle, auquel cas le vendeur est lésé de plus de sept douzièmes.

Cela posé, il est difficile d'approuver sans réserves un certain nombre de décisions judiciaires, qui ont annulé pour défaut de prix sérieux des ventes consenties moyennant une rente viagère dont les arrérages ne dépassaient pas le revenu de la chose vendue (Limoges, 5 mai 1880, Sir., 81. 2. 148). Ainsi je vends un immeuble, dont le revenu annuel est de 500 fr., moyennant une rente viagère de 500 fr., ou même de 450 fr. Le prix, dit-on, n'est pas sérieux; car l'acheteur ne déboursera rien, puisque chaque année le revenu de l'immeuble lui procurera une somme suffisante et au delà pour payer les arrérages de la rente; et, à la mort du crédi-rentier, il se trouvera propriétaire d'un immeuble, libre désormais de toute charge, qui ne lui aura rien coûté. Donc la vente est nulle. — Formulée ainsi en termes absolus, cette solution paraît difficile à accepter. Comment douter que, dans le cas dont il s'agit, la rente ait été stipulée avec l'intention sérieuse de l'exiger? Donc le prix est sérieux. Des raisons particulières ont pu déterminer le vendeur à se contenter d'un prix aussi minime. Peut-être a-t-il préféré un revenu certain, que l'acheteur s'engageait à lui payer, au revenu plus ou moins aléatoire de l'immeuble. Peut-être aussi a-t-il voulu se mettre à l'abri des cas fortuits qui pourraient faire périr la chose vendue ou en diminuer le revenu. Peut-être enfin, et c'est ce qui arrivera le plus souvent, a-t-il voulu procurer un avantage à l'acheteur; il y a alors *negotium mixtum cum donatione :* ce qui n'empêche pas le contrat d'être valable (Cass., 9 juillet 1879, Sir., 81. 1. 205). Le prix est donc sérieux; mais il est vil, et par suite il pourra y avoir lieu à la rescision de la vente, si l'on se trouve dans les conditions prescrites par l'art. 1674.

464. Aux termes de l'art. 1591 : « *Le prix de vente doit être déter-* » *miné et désigné par les parties* ». Les parties peuvent d'ailleurs fixer le prix comme elles l'entendent. Ainsi je puis vendre un immeuble *pour le prix qu'il m'a coûté,* ou vendre mon vin au prix moyennant lequel tel propriétaire voisin a vendu le sien.

Les parties peuvent aussi confier le soin de fixer le prix à une ou plusieurs personnes qu'elles désignent. On appelle ces personnes experts ou arbitres, mais le nom de mandataires leur conviendrait peut-être mieux. (Nancy, 24 avril 1884, Sir., 84. 2. 158). « *Il* [le prix] » *peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers : si le tiers ne veut ou* » *ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* » (art. 1592).

Lorsque les parties ont désigné plusieurs experts pour la fixation du prix, le refus d'un seul, ou l'impossibilité dans laquelle il se trouve de remplir sa mission, suffit pour qu'il n'y ait pas vente, parce qu'il devient alors impossible de fixer le prix dans les conditions déterminées par les parties. Il en serait de même, si les experts ne pouvaient parvenir à s'entendre.

Une fois que l'expert ou les experts ont fixé le prix, cette fixation devient, sauf le cas de fraude, obligatoire pour les parties, et la vente doit, suivant l'opinion générale, être considérée comme valable à partir du jour où elle a été conclue, la fixation du prix par les experts devant être envisagée comme une condition, qui, une fois accomplie, rétroagit au jour où l'engagement a été contracté (art. 1179). L'acheteur sera donc censé être devenu propriétaire le jour même de la convention, et c'est à dater de cette époque aussi que les risques auront été pour son compte.

Toutefois cette solution pourrait bien être contestée, la fixation du prix parais-

sant être un des éléments de la vente, et non une condition suspensive à la réalisation de laquelle le contrat est subordonné. Il s'ensuivrait que la vente n'existe qu'à compter du jour où le prix a été fixé, et que par suite l'acheteur ne devient propriétaire et ne court les risques qu'à dater de cette époque. Cpr. *infra* n. 469.

Quelquefois on convient que le prix de la vente sera fixé *par experts,* sans autre explication. Si les parties tombent ultérieurement d'accord pour la désignation des experts, pas de difficulté. Au cas où cet accord ne pourrait s'établir, l'une des parties aura-t-elle le droit d'exiger que les experts soient désignés par la justice ? Nous ne le croyons pas ; la fixation du prix doit être l'œuvre des parties, et non celle du juge. Cette solution, qui pourrait être fortifiée par un argument tiré de l'art. 1006 C. pr., paraît triompher en doctrine et en jurisprudence (Dijon, 15 décembre 1881, Sir., 82. 2. 238). La vente sera donc non avenue, sauf les dommages et intérêts auxquels pourrait être condamnée la partie par la faute de laquelle la désignation des experts serait devenue impossible, par exemple si, les parties étant convenues qu'elles nommeront chacune un expert, l'une d'elles refusait de désigner le sien (arg. art. 1147). Sur ce dernier point, la jurisprudence est en sens contraire (voyez l'arrêt précité); mais il nous est impossible de l'approuver.

§ II. *Des diverses modalités de la vente.*

465. On entend par *modalités* (de *modus*) les différentes manières d'être de la vente, c'est-à-dire les divers accidents qui peuvent s'y rencontrer. La vente est susceptible de la plupart des modalités qui peuvent affecter les contrats en général, telles que la condition, le terme, l'alternativité. On lit à ce sujet dans l'art. 1584 : « *La vente peut être faite* » *purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit réso-* » *lutoire. — Elle peut aussi avoir pour objet deux ou plusieurs choses* » *alternatives. — Dans tous ces cas, son effet est réglé par les principes* » *généraux des conventions* ». — En outre il existe certaines modalités spéciales au contrat de vente ; nous allons les étudier. Dans cet ordre d'idées nous traiterons successivement des ventes faites au compte, au poids ou à la mesure, de la vente *ad gustum,* de la vente à l'essai, enfin de la vente avec faculté d'élire command.

1. *De la vente au compte, au poids ou à la mesure.*

466. Art. 1585. *Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages et intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.*

Art. 1586. *Si, au contraire, les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées.*

Lorsque la vente porte sur des choses *quæ pondere, numero mensurave constant,* ses effets varient, suivant que les marchandises ont été vendues en bloc ou bien au poids, au compte ou à la mesure.

La vente est faite en bloc, toutes les fois qu'il n'est pas nécessaire de peser, de compter ou de mesurer pour arriver à la détermination soit de la chose vendue, soit du prix de la vente : ce qui a lieu quand les marchandises ont été vendues *confuse et acervatim* (en bloc) *pretio insimul dicto* (pour un prix ferme). Exemple : Je vous vends tout le charbon de terre qui est dans ma cave, ou tout le blé qui est dans mon grenier, ou tout le vin qui est dans mon chai, pour 10,000 fr. Une pareille vente est parfaite *hic et nunc*, soit au point de vue du transport de la propriété, soit au point de vue des risques. L'acheteur devient immédiatement propriétaire, et les risques sont immédiatement pour son compte. Arg. art. 1138 et 1583.

Au contraire, les marchandises sont vendues au poids, au compte ou à la mesure, lorsqu'il est nécessaire de peser, de compter ou de mesurer pour parvenir à déterminer soit *la chose vendue*, soit *le prix de la vente*. Ce sont là deux hypothèses distinctes qu'il nous faut étudier successivement.

467. Première hypothèse. Il est nécessaire de peser, de compter ou de mesurer pour parvenir à la détermination de la chose vendue. C'est ce qui arrive dans les espèces suivantes. Je vous vends dix tonnes du charbon de terre qui est dans mon magasin à raison de 35 fr. la tonne. On connaît ici le prix : il est de 350 fr.; mais un pesage est nécessaire pour déterminer la chose vendue, car la vente ne porte pas sur tout le charbon du magasin, mais seulement sur dix tonnes à prendre dans la quantité vingt fois plus considérable peut-être qu'il contient. De même, si je vous ai vendu dix barriques de vin, sur les cent que contient mon chai, à raison de 300 fr. l'une, ou dix hectolitres du blé qui est dans mon grenier, à raison de 20 fr. l'hectolitre, le prix de la vente est connu; mais il faudra *compter* dix barriques ou *mesurer* dix hectolitres de froment pour déterminer la chose vendue.

Dans ces divers cas, tant qu'il n'a pas été procédé à l'opération du pesage, du comptage ou du mesurage, la vente n'est pas parfaite, *en ce sens*, dit l'art. 1585, *que les choses vendues sont aux risques du vendeur*. Si donc une partie de mon charbon de terre ou de mon vin ou de mon blé périt par cas fortuit avant qu'il ait été procédé à l'opération nécessaire pour individualiser la chose vendue, et qu'il en reste encore une quantité suffisante, je devrai vous délivrer toute la quantité promise, et je supporterai ainsi seul la perte résultant du cas fortuit.

Mais supposons que toute la marchandise, dont je vous ai vendu une certaine quantité, ait péri. Dans les espèces qui viennent d'être proposées, tout mon charbon de terre ou tout mon vin ou tout mon blé a été détruit par un cas fortuit. Le risque sera-t-il encore pour mon compte? ce qui conduirait à décider que, me trouvant dans l'impossibilité d'exécuter mon obligation, vous serez dispensé d'exécuter la vôtre, c'est-à-dire de payer le prix. L'affirmative semble bien résulter de l'art. 1585,

qui dispose en termes absolus que la chose est aux risques du vendeur. Et cependant le vendeur ne peut-il pas dire : « Je n'ai pas vendu dix tonnes de charbon de terre, ou dix barriques de vin, ou dix hectolitres de froment *in genere;* j'ai vendu dix tonnes du charbon de terre *qui était dans mon magasin,* ou dix des barriques de vin *que contenait mon chai,* ou dix hectolitres du froment *qui était dans mon grenier.* Les marchandises que j'ai vendues faisaient ainsi partie d'un *genus limitatum;* or, ce *genus limitatum* ayant péri tout entier par suite d'un cas fortuit dont je ne suis pas responsable, je me trouve sans ma faute dans l'impossibilité d'exécuter mon obligation; je suis donc libéré (art. 1302), sans que l'acheteur le soit de son côté quant au paiement du prix, pas plus qu'il ne le serait si la vente avait pour objet un corps certain qui aurait péri par cas fortuit, ou une chose faisant partie d'un genre illimité qui aurait disparu de la surface de la terre ». Telle est en effet la solution dictée par les principes; mais il est difficile de l'admettre en présence des termes généraux de l'art. 1585.

468. Deuxième hypothèse. Il est nécessaire de peser, de compter ou de mesurer pour déterminer le prix de la vente. Exemples : Je vous vends tout le charbon de terre qui est dans mon magasin, à raison de 35 fr. la tonne, ou toutes les barriques de vin que contient mon chai, à raison de 300 fr. la barrique, ou tout le blé qui est dans mon grenier, moyennant 20 fr. l'hectolitre. Dans ces diverses hypothèses, la chose vendue est déterminée, mais le prix de la vente ne l'est pas; il ne le sera qu'après l'opération du pesage, du comptage ou du mesurage ; car le prix est fixé à tant la tonne ou à tant la barrique ou à tant l'hectolitre, et dépend par conséquent du nombre de tonnes, de barriques ou d'hectolitres. La loi tire de là cette conséquence que la vente ne sera parfaite, au point de vue du transport des risques, que lorsque la marchandise vendue aura été pesée, comptée ou mesurée; jusque-là les risques seront pour le vendeur. Si donc toute la marchandise vendue périt par cas fortuit avant d'avoir été pesée, comptée ou mesurée, la perte sera pour le vendeur, qui ne pourra rien exiger de l'acheteur : que lui demanderait-il en effet, puisqu'il est impossible de fixer le prix? Et, s'il y a eu perte partielle, le vendeur ne peut exiger qu'un prix proportionnel à la quantité de marchandise qu'il est en mesure de livrer. Les risques ne passent au compte de l'acheteur que lorsque la marchandise a été pesée, comptée ou mesurée.

469. L'art. 1585 ne résout que la question des risques. Il ne nous dit pas à dater de quel moment la propriété est transférée à l'acheteur. Nous allons rechercher la solution que cette question doit recevoir dans les deux hypothèses où il y a vente au poids, au compte ou à la mesure.

Dans la première, celle où il est nécessaire des peer, de compter ou de mesurer pour déterminer la *chose vendue,* il est certain que l'acheteur ne deviendra propriétaire qu'à partir du moment où cette opération aura été effectuée. Comment pourrait-il le devenir auparavant? puisque la chose vendue n'est pas encore déterminée et qu'il ne peut pas dire : « Voilà ce qui est à moi, *aïo hanc rem esse meam* ».

Dans la deuxième hypothèse, celle où il faut peser, compter ou mesurer pour déterminer le *prix,* la solution fait difficulté.

Plusieurs auteurs ont dit : L'opération du pesage, du comptage ou du mesurage est une condition suspensive, à la réalisation de laquelle la vente est subordonnée; or, toute condition accomplie produisant un effet rétroactif au jour de l'engagement (art. 1179), il en résulte que l'acheteur doit, le pesage, le comptage ou le mesurage une fois opéré, être considéré comme propriétaire du jour de la vente : ce qui aurait notamment pour résultat d'entraîner la nullité de la saisie pratiquée depuis la vente par les créanciers du vendeur sur les marchandises vendues. Il est vrai que les risques se trouveront ainsi, dans l'intervalle écoulé entre la vente et le pesage, le comptage ou le mesurage, avoir reposé sur une autre tête que la propriété, contrairement à la règle *Casum sentit dominus;* car dans cet intervalle l'acheteur se trouve avoir été propriétaire, en vertu de la rétroactivité attachée à la condition, et cependant les risques auront été pour le compte du vendeur. Mais tel est précisément l'effet ordinaire des obligations contractées sous condition suspensive (art. 1182).

Nous ne croyons pas qu'il soit exact de considérer le pesage, le comptage ou le mesurage, nécessaire pour la détermination du prix, comme une condition suspensive à la réalisation de laquelle la vente est subordonnée. C'est bien plutôt un élément de validité de la vente qui ne saurait exister sans prix. Il n'y a donc pas vente tant que cet élément fait défaut, et par suite l'acheteur ne devient pas propriétaire. Il doit en être à cet égard du pesage, du comptage ou du mesurage nécessaire pour la fixation du prix, comme de celui qui est nécessaire pour la détermination de la chose vendue; or personne ne considère ce dernier comme une condition suspensive à laquelle la vente serait subordonnée. Cpr. Cass., 7 janvier 1880, Sir., 82. 1. 463.

470. La vente moyennant un certain prix d'une fraction indivise d'un *genus limitatum,* constitue non une vente au poids, au compte ou à la mesure (*hoc sensu*), mais bien une vente en bloc. Exemple : Je vous vends moyennant 500 fr. la moitié du charbon de terre qui est dans mon magasin, ou le quart du blé qui est dans mon grenier. La vente est parfaite immédiatement, tant au point de vue du transport de la propriété qu'à celui des risques. L'acheteur devient donc immédiatement copropriétaire par indivis avec le vendeur, dans la mesure de la fraction qui lui a été vendue, et les risques seront supportés proportionnellement par l'un et par l'autre.

Il n'y aurait pas non plus vente à la mesure, mais bien vente en bloc, opérant transport de la propriété et des risques, dans l'espèce suivante : Je vous vends moyennant 200 fr. le tas de blé qui est dans mon grenier et qui est de dix hectolitres. En effet la chose vendue est déterminée, le prix également; donc la vente est parfaite immédiatement. C'est ce que la cour de cassation a décidé au sujet de la vente d'un baril d'azur de 100 kil. moyennant 1,000 fr. Le seul effet que pourrait avoir en pareil cas l'indication de la quantité (tant de kilogrammes, tant d'hectolitres) serait d'obliger le vendeur, en cas de déficit, à compléter la quantité par lui indiquée ou à souffrir une diminution proportionnelle du prix. L'acheteur a dû compter évidemment sur la quantité indiquée par le vendeur.

471. On voit en résumé que, lorsqu'une vente est faite au compte, au poids ou à la mesure, elle n'est parfaite, soit au point de vue du transport des risques, soit même au point de vue du transport de la propriété, que lorsque la marchandise a été pesée, comptée ou mesurée. Mais il ne faut pas en conclure que jusque-là le contrat ne produise aucun effet. Il fait naître des obligations réciproques à la charge des parties : l'acheteur peut demander la délivrance de la chose vendue, et a droit à des dommages et intérêts si le vendeur n'exécute pas son engagement (art. 1585); en sens inverse, quoique la loi ne le dise

pas, le vendeur peut offrir la livraison à l'acheteur et exiger de lui le paiement de son prix.

2. *De la vente* ad gustum.

472. « *A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est* » *dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente* » *tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées* » (art. 1587).

A raison de la nature des marchandises dont il s'agit, marchandises dont l'appréciation varie à l'infini suivant les mille nuances du goût, la loi suppose qu'il a été tacitement convenu entre les parties que leur accord sur la chose et sur le prix ne suffirait pas pour la perfection de la vente, mais que la vente serait en outre subordonnée à la dégustation et à l'agrément de l'acheteur. Le contrat ne tiendra donc pas si l'acheteur, après avoir dégusté, ne trouve pas la chose de son goût ; et dans ce cas le vendeur n'aurait pas le droit de demander à prouver par une expertise que la chose vendue est de qualité loyale et marchande. Tout est dit, du moment qu'elle ne se trouve pas être du goût personnel de l'acheteur.

Il en serait autrement toutefois, si l'acheteur avait renoncé expressément ou tacitement à la faculté de dégustation. L'acheteur serait alors obligé de tenir la vente, si la marchandise offerte par le vendeur est de qualité loyale et marchande : ce que le vendeur devrait être admis à prouver par une expertise en cas de contestation.

Maintenant, quand y aura-t-il de la part de l'acheteur renonciation tacite à la faculté de dégustation? Ce n'est plus là qu'une question de fait, à résoudre en cas de contestation par le juge. Nous citerons seulement des exemples. La plupart du temps il faudra considérer l'acheteur comme ayant tacitement renoncé à la faculté de dégustation, s'il a donné ordre au vendeur de lui expédier la marchandise, surtout quand elle doit parcourir un long trajet avant de parvenir à destination. On ne doit pas croire que le vendeur ait voulu s'exposer à voir la marchandise refusée par un simple caprice de l'acheteur et à supporter en pure perte les frais du transport, aller et retour. De même, la renonciation à la faculté de dégustation pourrait, suivant les circonstances, s'induire de ce fait que l'acheteur ne destine pas la marchandise à sa consommation personnelle, mais à un usage commercial ou industriel. Et encore ne faut-il établir cette règle qu'avec une grande réserve; car il y a des commerçants dont la réputation et par suite le succès tiennent surtout à la qualité des marchandises qu'ils débitent, et cette qualité est due la plupart du temps à la finesse de leur goût et de leurs appréciations, qui leur permet de se procurer, pour les livrer au public, des marchandises d'une qualité exceptionnelle. Dira-t-on en pareil cas qu'il a été tacitement entendu entre les parties que la vente devrait tenir par cela seul que la chose vendue serait de qualité loyale et marchande?

3. *De la vente à l'essai.*

473. « *La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une* » *condition suspensive* ». Ainsi s'exprime l'art. 1588.

La faculté pour l'acheteur d'essayer la chose, et de la refuser si elle ne lui convient pas, ne peut jamais, à la différence de la faculté de

dégustation, résulter de la nature de la chose vendue, mais seulement d'une stipulation formelle.

Voilà une première différence entre la vente à l'essai et la vente *ad gustum*. On en admet une autre qui consisterait en ce que, dans la vente à l'essai, l'acheteur n'a pas le droit, comme dans la vente *ad gustum*, de refuser la chose par cela seul qu'elle ne lui convient pas personnellement. Le vendeur pourrait, en cas de refus de l'acheteur après essai, réclamer une expertise dans le but de prouver que la chose réunit les qualités requises pour l'usage auquel elle est destinée, et, cette preuve une fois faite, l'acheteur serait lié. Cette différence résulte, dit-on, de ce que l'art. 1588 ne parle pas, comme l'art. 1587, de l'agrément de l'acheteur. — N'est-ce pas là plutôt une question d'intention chez les parties contractantes, question que le juge devrait, en cas de contestation, résoudre suivant les circonstances? On s'expliquerait ainsi que la loi n'ait pas parlé de la faculté pour l'acheteur d'*agréer* la chose, parce que cette faculté n'existera pas dans tous les cas. N'arrivera-t-il pas souvent que l'acheteur aura stipulé a faculté d'essayer la chose, parce qu'il y recherche des qualités particulières qui pour d'autres seraient peut-être des défauts? Quand il s'agit d'un cheval, par exemple, tel acheteur tient avant tout à avoir un animal sûr, dût-il être d'une allure un peu lente; tandis que tel autre recherche surtout un cheval rapide à la course, fût-il impatient et ombrageux. Ici les goûts peuvent varier tout aussi bien que quand il s'agit de choses destinées à être consommées. Pourquoi imposer à l'acheteur une chose qui conviendrait au plus grand nombre, mais qui ne lui convient pas personnellement?

474. La vente à l'essai est conditionnelle. La condition consiste en ce que la chose sera essayée, et reconnue après l'essai réunir les qualités en vue desquelles elle a été achetée. Est-ce là une condition suspensive ou une condition résolutoire? Voyons d'abord l'intérêt de la question. Si la vente à l'essai est faite sous condition suspensive, les risques de la chose *pendente conditione* seront au compte du vendeur (art. 1182); ils seront au contraire à la charge de l'acheteur, si l'on considère la vente comme faite sous condition résolutoire. Cela posé, l'art. 1588 dit que la vente est *présumée* faite sous condition suspensive : ce qui paraît en effet conforme à l'intention vraisemblable des parties, de l'acheteur surtout. Mais c'est seulement une *présomption*, qui tomberait si les parties avaient manifesté expressément ou tacitement la volonté de considérer l'essai comme formant une condition résolutoire de la vente.

4. De la vente faite avec réserve de la faculté d'élire command.

475. L'acheteur peut se réserver, par une clause expresse du contrat, la faculté de faire une *déclaration de command* ou *élection d'ami*, c'est-à-dire la faculté de désigner ultérieurement au vendeur une personne, pour le compte de laquelle il sera censé avoir fait l'acquisition, cette personne lui ayant *commandé* d'acheter : d'où le nom de *command*. En d'autres termes, l'acheteur, qui se réserve la faculté de faire une déclaration de command, dit au vendeur : J'achète pour moi, ou pour une personne que je me réserve le droit de vous faire connaître plus tard, et pour le compte de laquelle je serai censé avoir traité quand je vous l'aurai désignée. On a principalement recours à la vente avec faculté d'élire command, quand l'acheteur a des motifs pour ne pas se faire connaître immédiatement. Un mandat ne rempli-

rait pas le but qu'on se propose, parce que le mandataire serait obligé en contractant de faire connaître le nom de son mandant.

La réserve de la faculté d'élire command n'est pas autorisée par le code civil; mais elle l'est par des lois antérieures, qu'on peut considérer comme encore en vigueur, en tant qu'elles statuent sur un point qui est resté en dehors des prévisions du code civil. Voyez notamment loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n. 24; voyez aussi loi du 28 avril 1816, art. 44-3°.

Lorsque l'acheteur use de la faculté qu'il s'est réservée d'élire un command, la vente étant censée faite directement au profit du command, un seul droit de mutation doit être perçu. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la déclaration de command ait été faite par acte public, et notifiée à l'administration de l'enregistrement dans les vingt-quatre heures de l'adjudication ou du contrat de vente (textes précités). Faite ou notifiée après ce délai, en supposant, ce qui est possible, que la convention en ait fixé un plus long, la déclaration de command pourrait encore produire ses effets entre les parties contractantes; mais elle donnerait lieu à la perception d'un nouveau droit de mutation.

L'acheteur, qui use de la faculté que le contrat lui réserve de faire une déclaration de command, n'est nullement responsable envers le vendeur de la solvabilité du command, à moins qu'il ne l'ait garantie par une clause formelle; le cautionnement ne se présume pas.

§ III. *De la forme de la vente. — Des frais.*

476. Forme de la vente. — « *Elle* [la vente] *peut être faite par acte* » *authentique ou sous seing privé* ». Ainsi s'exprime l'art. 1582 al. 2. Ce texte, qui paraît avoir été écrit pour abroger la règle, admise dans le ressort de certains parlements, d'après laquelle les ventes d'immeubles n'étaient valables qu'à la condition d'être constatées par acte authentique, signifie que, quand les parties veulent constater la vente par écrit, elles peuvent le faire par acte sous seing privé aussi bien que par acte authentique. Mais la loi n'entend pas dire que la vente doive nécessairement être constatée par un acte écrit soit sous seing privé, soit authentique. La vente est un contrat consensuel (arg. art. 1583 et 1703); le seul consentement des parties suffit donc à sa validité, indépendamment de la rédaction d'un acte écrit; sauf les difficultés de la preuve, qui, au-dessus de 150 fr., ne pourrait, à défaut d'écrit, être faite que par l'aveu ou par le serment (art. 1341).

Les parties peuvent convenir que la perfection de la vente sera subordonnée à la rédaction d'un acte écrit. Cette convention donne à chaque partie le droit de se dédire tant que l'acte n'a pas été dressé.

477. Frais de la vente. — Aux termes de l'art. 1593 : « *Les frais* » *d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur* ». C'est une application du principe que les frais doivent être supportés par celui dans l'intérêt duquel ils se font.

Les *frais d'acte* sont ceux qu'entraîne la confection de l'acte de vente, par exemple le prix du papier timbré et les honoraires dus au

notaire qui a dressé acte de la vente. Parmi les frais accessoires il y a lieu de comprendre principalement les frais d'enregistrement et ceux de transcription. Les frais de purge sont en général à la charge du vendeur.

Bien que l'acheteur doive, sauf convention contraire, supporter les frais de la vente, le notaire, qui a dressé acte de la vente, peut cependant exiger aussi le paiement de ces frais du vendeur, sauf le recours de celui-ci contre l'acheteur. Il est en effet de jurisprudence que les notaires ont, pour le paiement de leurs déboursés et honoraires, une action solidaire contre toutes les parties qui ont figuré dans les actes qu'ils reçoivent (Aix, 29 février 1876, Sir., 77. 2. 115).

Un arrêt de la cour de Paris du 22 février 1884 (Sir., 84. 2. 77), a jugé que le choix du notaire rédacteur appartient à l'acheteur, même quand une clause du contrat met les frais à la charge du vendeur.

Appendice. — De la dation en paiement.

478. Il y a dation en paiement, *datio in solutum,* lorsqu'un débiteur, du consentement de son créancier, donne en paiement à celui-ci une chose autre que celle qu'il lui doit. La *datio in solutum* présente une très grande analogie avec la vente, quand la dette qu'elle a pour but d'éteindre est une dette de somme d'argent. Ainsi, vous devant 10,000 fr., je vous offre en paiement un immeuble valant cette somme et vous acceptez ma proposition. L'opération peut se décomposer de la manière suivante : je vous ai vendu mon immeuble pour 10,000 fr.; vous êtes ainsi devenu mon débiteur de 10,000 fr., et, comme je vous devais moi-même pareille somme, les deux dettes se sont éteintes par la compensation (art. 1289). Vous devenez donc propriétaire de mon immeuble, et je ne vous dois plus rien.

Le code civil paraît assimiler complètement la *datio in solutum* à la vente. En effet l'art. 1595, après avoir formulé dans son alinéa 1 la règle que la vente est interdite entre époux, autorise dans trois cas des dations en paiement *à titre d'exceptions à cette règle.* C'est donc qu'aux yeux du législateur la *datio in solutum* constitue une vente, et qu'à ce titre elle est comprise dans la règle, prohibée par conséquent; autrement une exception à la règle n'aurait pas été nécessaire pour l'autoriser.

De là résulte une conséquence très importante : c'est qu'il faut appliquer à la *datio in solutum* les règles de la vente; notamment elle donne lieu à la garantie au cas d'éviction de l'*accipiens,* et au privilège du vendeur en cas de soulte stipulée au profit du *solvens.*

* Toutefois, quelle que soit l'analogie entre la vente et la *datio in solutum,* on peut signaler entre ces deux opérations au moins une différence. Si je donne une chose en paiement d'une dette dont je crois être et dont je ne suis pas en réalité débiteur, je pourrai répéter cette chose contre l'*accipiens* (arg. art. 1376 et 1377); elle se trouve en effet sans cause entre ses mains. Si, au contraire, j'ai vendu une chose à quelqu'un dont je crois être débiteur, avec l'intention de lui opposer ma créance du prix en compensation de ma dette, et que je vienne ensuite à découvrir que ma dette n'existe pas, je ne pourrai pas répéter la chose vendue; en effet elle n'est pas sans cause entre les mains de l'acheteur; elle y est à titre de vente. Seulement je pourrai exiger par les voies de droit le paiement du prix, ma créance n'ayant pas pu être éteinte par la compensation d'une dette qui n'existe pas.

CHAPITRE II

QUI PEUT ACHETER OU VENDRE

479. « *Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou* » *vendre* », dit l'art. 1594. Pour la vente, comme pour les autres contrats, la capacité est donc la règle générale, l'incapacité l'exception. Ceux-là seuls sont incapables soit de vendre, soit d'acheter que la loi déclare tels. De ce nombre sont d'abord les personnes frappées d'une incapacité générale de contracter, c'est-à-dire les mineurs, les interdits et les femmes mariées (art. 1124). Il faut ajouter les prodigues et les faibles d'esprit, pourvus d'un conseil judiciaire. Arg. art. 499 et 513. En outre il existe certaines incapacités particulières au contrat de vente. Le législateur, qui nous les a déjà laissé pressentir par la formule générale dont il se sert dans l'art. 1124 *in fine* : « Et généralement tous » ceux à qui la loi interdit *certains contrats* », les organise dans notre chapitre (art. 1595, 1596 et 1597). Il nous faut les étudier successivement.

I. *De la vente entre époux.*

480. En principe, la vente est interdite entre époux. C'est ce qui ressort, à n'en pas douter, de l'art. 1595 al. 1, ainsi conçu : « *Le con-* » *trat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas sui-* » *vants* ». Donc il est interdit dans tous les autres (V. cependant art. 1408 al. 2). Si la loi n'autorise la vente entre époux que par exception, c'est nécessairement qu'elle la prohibe en règle générale. Quels sont les motifs de la prohibition? Les auteurs en indiquent trois : 1° si la vente eût été permise entre époux, l'un d'eux aurait pu facilement faire à l'autre des libéralités excédant la quotité disponible, au moyen de ventes simulées ou faites à vil prix; 2° ces libéralités, qu'elles excèdent ou non la quotité disponible, auraient été en fait irrévocables, contrairement au vœu de l'art. 1096; 3° enfin l'un des époux aurait pu facilement, par le moyen d'une vente simulée consentie à son conjoint, soustraire ses biens à l'action de ses créanciers.

La prohibition de la vente entre époux reçoit exception dans trois cas. Ils offrent ce trait commun : que l'époux qui est autorisé à vendre est débiteur de l'autre, et que la vente est faite dans le but d'éteindre sa dette. Pourquoi forcer en pareil cas l'époux débiteur à vendre son bien à un étranger, pour se procurer la somme d'argent nécessaire à sa libération? Il est bien plus simple, et plus conforme aussi aux intérêts de la famille, de l'autoriser à vendre à son conjoint, ou plutôt de l'autoriser à faire au profit de celui-ci une dation en paiement, car ce sont des dations en paiement que l'art. 1595 autorise, sous le nom

de ventes, dans les trois cas qu'il prévoit. Le législateur a considéré la *datio in solutum* comme constituant une vente, et effectivement ces deux opérations, sans se confondre complètement, se ressemblent beaucoup (*supra* n. 478).

Cette observation faite, examinons en détail les trois cas prévus par l'art. 1595.

481. Premier cas. « *Celui où l'un des deux époux cède des biens à » l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits* ». Ce sont les termes de l'art. 1595-1°. La séparation de corps ou de biens est prononcée ; suit une liquidation qui constitue l'un des époux créancier de l'autre. La loi autorise l'époux débiteur, que ce soit le mari ou la femme, à céder à son conjoint, si celui-ci y consent, un ou plusieurs de ses biens en paiement de sa dette. L'époux débiteur conjurera ainsi la saisie que son conjoint a le droit d'opérer pour obtenir son paiement et l'expropriation qui en serait la conséquence.

482. Deuxième cas. « *Celui où la cession que le mari fait à sa femme, » même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses » immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeu- » bles ou deniers ne tombent pas en communauté* ». Nous venons de transcrire l'art. 1595-2°.

Notons tout de suite qu'ici la *datio in solutum,* la cession, comme dit la loi, ne peut être faite que par le mari à la femme. Le texte est formel. Il serait d'ailleurs difficile d'imaginer une dette de la femme envers le mari, réunissant les conditions exigées par notre disposition et pouvant donner lieu par suite à la *datio in solutum* qu'elle autorise. Nous n'insistons pas.

Cela posé, voici l'hypothèse dans laquelle notre texte autorise la cession. Le mari a touché le prix provenant de l'aliénation d'un bien personnel de la femme, et il s'agit d'en effectuer le remploi ; ou bien il a touché des deniers propres à la femme, qu'elle s'est constitués ou qui lui ont été constitués en dot à charge d'emploi. Le mari est autorisé à céder un de ses biens à la femme, si celle-ci y consent, pour lui tenir lieu de remploi ou d'emploi.

Lorsque les époux sont communs en biens, le mari peut céder à la femme, à titre d'emploi ou de remploi, non seulement des biens à lui appartenant, mais aussi des biens de la communauté ; car il a le droit de disposer à titre onéreux de ces derniers comme des premiers (art. 1421). Le remploi ou l'emploi, effectué au profit de la femme avec un bien commun, ne fait naître aucun droit de récompense au profit de la communauté ; car c'est elle qui a encaissé les deniers dont il devait être fait emploi ou remploi ; elle en est donc devenue débitrice (art. 1436), et elle ne fait qu'acquitter sa dette en en procurant la contre-

valeur à la femme sous forme de remploi ou d'emploi. Si au contraire le remploi ou l'emploi a été effectué en biens du mari, celui-ci aura droit à récompense contre la communauté; car il a acquitté la dette dont elle était tenue.

483. En citant *sous forme d'exemples* deux cas dans lesquels la cession, faite par le mari à la femme, est valable *comme ayant une cause légitime,* le législateur nous dévoile une double pensée :

1° Les deux cas indiqués ne sont pas les seuls dans lesquels la cession faite par le mari à la femme doive être considérée comme ayant une cause légitime, et autorisée à ce titre. En d'autres termes, la disposition n'a rien de limitatif;

2° Mais cependant le juge n'a pas un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la légitimité de la cause; car les deux exemples cités ont pour but d'expliquer ce qu'il faut entendre par une *cause légitime,* et naturellement cette explication est obligatoire pour le juge. En d'autres termes, si le législateur s'était borné à dire que la cession est autorisée toutes les fois qu'elle a une cause légitime, le juge n'aurait pas eu à suivre d'autres inspirations que celles de sa conscience pour apprécier la légitimité de la cause; mais la loi limite immédiatement son pouvoir d'appréciation en ajoutant, pour expliquer sa pensée, *telle que...* Le juge, pour décider si la cession a une cause légitime, devra donc s'en tenir, non à son appréciation personnelle, mais à celle de la loi. Il ne devra déclarer légitimes que les causes qui sont telles dans la pensée du législateur, et non celles qui ont ce caractère dans sa propre pensée. Or, si on analyse avec soin les exemples que la loi cite, on voit qu'elle ne considère comme ayant une cause légitime que la cession faite par le mari à la femme pour se libérer envers elle d'une dette préexistante et susceptible d'un paiement actuel. Il ne paraît pas nécessaire en outre que la dette soit *exigible.* Ainsi le mari pourrait céder un immeuble à sa femme à titre de remploi du prix d'un propre de celle-ci, aliéné, alors même que le remploi, n'étant pas imposé par le contrat de mariage serait facultatif. La jurisprudence est en sens contraire. Cass., 11 juillet 1888, Sir., 88. 1. 408. Voyez cependant, Nancy, 18 février 1885, Sir., 86. 2. 87.

D'après cela, le mari ne pourrait pas céder un de ses biens à sa femme pour lui procurer le placement d'économies par elles réalisées sur les revenus de ses biens paraphernaux. Où voit-on là une dette du mari envers la femme, dont la cession aurait pour but de le libérer? De même le mari ne pourrait pas valablement, avant l'arrivée de l'un des événements qui donnent lieu à la restitution de la dot (séparation de corps ou de biens), céder un immeuble à sa femme en paiement de sa dot. Il y a bien ici dette du mari envers la femme, mais la dette n'est pas susceptible d'un paiement actuel. Enfin le mari ne pourrait pas vendre un immeuble à sa femme, à la charge par celle-ci de payer certaines dettes dont il est tenu envers des tiers.

Au contraire, la cession serait valable, si elle était faite à titre de remploi d'un immeuble paraphernal aliéné par le mari et dont il a touché le prix. Il y a ici en effet une dette du mari envers la femme, et cette dette est susceptible d'un paiement actuel. — On pourrait objecter que, les exemples cités par l'art. 1595-2° étant empruntés au régime de la communauté, la cession autorisée par ce texte doit être considérée comme interdite sous les autres régimes. Mais, outre qu'on ne verrait aucune bonne raison d'une semblable restriction, les mots « si ces immeubles ou » deniers ne *tombent pas en communauté* » ne supposent pas nécessairement que le législateur songeait exclusivement au régime de la communauté; ils peuvent très bien être considérés comme comprenant en outre le cas où les époux sont mariés sous un régime exclusif de la communauté; car il est clair qu'alors les immeubles ou deniers dont il s'agit d'effectuer le remploi ou l'emploi n'auront pas pu tomber dans la communauté, puisqu'il n'y a pas communauté entre les époux. Nous avons

interprété dans le même sens les mots *objets qui ne tombent pas dans la communauté* qu'emploie l'art. 818 (*supra* n. 375).

484. Troisième cas. « *Celui où la femme cède des biens à son mari* » *en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il* » *y a exclusion de communauté* » (art. 1595-3°). Ici la cession ne peut être faite que par la femme au mari, à la différence du premier cas, dans lequel la cession peut être faite indistinctement par l'un des époux à l'autre, et du deuxième, dans lequel elle ne peut être faite que par le mari à la femme.

Cela posé, voici l'espèce prévue par notre texte. Une femme mariée sous un régime exclusif de la communauté, sous le régime dotal par exemple, a promis en dot à son mari une somme de 20,000 fr., payable dans cinq ans; à l'expiration du délai fixé, la femme n'a pas de fonds disponibles. Va-t-on l'obliger à vendre ses biens paraphernaux pour se procurer la somme promise? Le mari peut l'exiger; car il a droit à une somme d'argent, et on ne peut pas le forcer à recevoir autre chose à la place (art. 1243). Mais il peut aussi, la loi l'y autorise par notre texte, accepter la proposition que fait la femme de lui donner en paiement, de lui « céder », comme dit la loi, un de ses biens paraphernaux. L'immeuble, ainsi cédé au mari en paiement de la dot, ne sera pas dotal : acquis avec des deniers dotaux, il deviendra la propriété du mari, comme le serait devenue la somme d'argent promise, si elle lui eût été payée (arg. art. 1553). Cpr. *supra* n. 368.

* La cession autorisée par notre texte pourrait aussi avoir lieu, lorsque la femme s'est constitué en dot une créance contre un tiers, qui se trouve être irrécouvrable. Cela résulte formellement des travaux préparatoires de la loi. La femme se libérerait par cette cession de l'obligation de garantie, dont elle est tenue envers son mari aux termes des art. 1440 et 1547.

485. La loi n'autorise la cession dont il vient d'être parlé que « lorsqu'il y a exclusion de communauté ». Ces expressions signifient, nous le croyons du moins, *lorsque les époux sont mariés sous un régime autre que celui de la communauté,* c'est-à-dire sous le régime de non-communauté, sous le régime de séparation de biens ou sous le régime dotal. C'est à ce dernier régime qu'était emprunté l'exemple que nous avons décrit plus haut. Montrons comment notre disposition peut s'appliquer aussi aux deux autres.

En supposant les époux mariés sous le régime d'exclusion de communauté, la femme peut avoir promis en dot à son mari une certaine somme d'argent. Si elle ne possède pas cette somme, elle pourra lui céder en paiement des biens meubles ou immeubles. On dira peut-être : Mais quel intérêt le mari peut-il trouver à cette cession? N'est-il pas, sous le régime d'exclusion de communauté, usufruitier de tous les biens de sa femme? En quoi sa situation sera-t-elle donc changée par la cession? Nous répondons qu'elle sera changée en un point fort important : c'est que le mari deviendra propriétaire du bien cédé par la femme, et pourra en disposer, comme il aurait pu disposer de la somme constituée en dot, si elle lui eût été payée : ce qui peut avoir un grand intérêt pour lui.

Sous le régime de la séparation de biens, il peut arriver que la femme ait promis

en dot à son mari, par une clause particulière du contrat, une certaine somme d'argent, dont la jouissance représentera pour celui-ci la portion contributoire de la femme dans les charges du mariage. Eh bien! si la femme n'a pas d'argent, elle pourra céder un de ses biens à son mari en paiement de la somme promise.

C'est donc seulement quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté que la cession dont parle l'art. 1595-3° n'est pas autorisée. Au cas de communauté légale, cette interdiction se comprend parfaitement : pour mieux dire, dans cette hypothèse, la loi n'autorise pas la cession, parce qu'elle est impossible. En effet, sous le régime de la communauté légale, nous le savons, la femme ne promet aucune dot à son mari. Comment pourrait-il donc être question d'appliquer notre disposition, qui autorise la cession pour le paiement d'une somme *promise en dot ?* La même impossibilité n'existe pas sous le régime de la communauté conventionnelle : la femme peut en effet avoir promis l'apport d'une certaine somme d'argent (art. 1500); pourrait-elle, en paiement de cette somme, céder des biens à son mari? Nous ne le croyons pas ; le texte s'y oppose. Quel en est le motif? C'est assez difficile à dire. Le législateur n'a peut-être pensé qu'à la communauté légale. Un auteur admet cependant que la cession est possible dans ce cas ; mais il est obligé, pour arriver à cette solution, de considérer les mots « et lorsqu'il y a exclusion de com- » munauté » comme signifiant : *lorsque les biens donnés en paiement sont exclus de la communauté.* Interprétation bien difficile à admettre, surtout pour qui a lu les travaux préparatoires de la loi.

486. Une femme, mariée sous un régime autre que celui de la communauté, était débitrice de son mari antérieurement au mariage ; peut-elle lui céder pendant le mariage un de ses biens en paiement de sa dette ? Non ; ce cas ne rentre en effet dans aucune des exceptions prévues par l'art. 1595; il reste donc compris dans la règle qui interdit la vente entre époux. On peut le regretter ; car, le mari ayant dans le cas dont s'agit le droit de saisir les biens personnels de la femme, il aurait semblé juste d'autoriser celle-ci à se libérer envers lui par une cession.

487. Il reste trois points à étudier. Le texte de la loi nous fournit la solution du premier ; les principes nous donneront celle du second et du troisième.

488. *Premier point.* — Une vente entre époux, ou mieux une *datio in solutum,* ayant été faite dans l'un des cas où la loi l'autorise, il peut en résulter un avantage indirect pour l'un des époux. Ainsi une femme mariée sous le régime dotal s'est constitué en dot une somme de 30,000 fr. ; elle cède à son mari en paiement de cette dot un immeuble qui vaut 50,000 fr., lui procurant ainsi un avantage indirect de 20,000 fr. Si cet avantage dépasse la quotité disponible fixée par les art. 1094 et 1098, les héritiers réservataires de la femme auront l'action en réduction. Tel est le sens de cette phrase, qui termine l'art. 1595 : « *Sauf, dans ces trois cas, les droits » des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect* ».— Les héritiers dont parle ici la loi sont seulement les héritiers *réservataires* du disposant, et non, comme l'ont prétendu quelques auteurs, ses héritiers quels qu'ils soient. En effet il s'agit d'un avantage *indirect ;* or les avantages indirects faits par l'un des époux à l'autre sont valables dans les limites de la quotité disponible (v. art. 1099, et t. II n. 779); ils ne peuvent donc être critiqués que lorsqu'ils excèdent cette quotité, lorsqu'ils entament la réserve, et seulement par ceux au profit desquels la réserve est établie.

*** 489.** *Deuxième point.* — Quel sera le sort d'une vente entre époux, faite en dehors des cas où ce contrat est exceptionnellement autorisé par l'art. 1595 ? La question est controversée.

Dans une première opinion, on dit : « L'opération doit être considérée comme une donation entre époux, révocable aux termes de l'art. 1096 et réductible si elle dépasse

la quotité disponible ». — Mais on ne peut méconnaître que cette solution sera souvent en opposition manifeste avec la volonté des parties, qui n'ont nullement songé peut-être à faire une disposition à titre gratuit.

Aussi d'autres auteurs ont-ils proposé la distinction suivante. Les parties ont-elles eu l'intention de faire une donation ? l'opération sera traitée comme telle ; on appliquera par conséquent les art. 1096 et 1099. Les parties ont-elles entendu au contraire faire une vente véritable ? l'opération sera nulle, puisqu'on ne se trouve dans aucun des cas où la loi autorise exceptionnellement la vente. — Mais, outre qu'il sera la plupart du temps fort difficile de savoir quelle a été l'intention des parties, des raisons de droit rendent cette deuxième opinion inacceptable. Nous allons les déduire en exposant la troisième opinion qui nous paraît la meilleure.

On peut formuler ainsi cette troisième opinion : La vente entre époux, faite en dehors des hypothèses exceptionnelles prévues par l'art. 1595, est nulle dans tous les cas. En effet, de deux choses l'une : ou les parties ont voulu faire une vente véritable, ou elles ont voulu faire une donation. Ont-elles voulu faire une vente? l'opération est nulle comme ne rentrant pas dans le cadre des cas où la loi l'autorise exceptionnellement. L'art. 1595 ne prononce pas en termes exprès cette nullité ; mais elle résulte incontestablement de la formule prohibitive qu'il emploie ; c'est là un des cas où il ne faut pas hésiter à admettre l'existence d'une nullité virtuelle. Les parties ont-elles voulu faire une donation? l'opération est nulle encore : — soit par application de l'art. 1099 al. 2, qui déclare nulles les donations *déguisées* sous la forme d'un contrat à titre onéreux (il y a ici plus qu'un simple avantage indirect) ; — soit par application de l'art. 1595 : en effet, fût-il vrai que les époux peuvent valablement se faire des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, il est clair qu'ils ne pourraient user de ce droit qu'à la condition de déguiser la donation sous la forme d'un contrat à titre onéreux *permis entre époux ;* or la vente est prohibée. En admettant que la loi ne considère que le masque, sans examiner ce qu'il y a dessous, encore faut-il que les époux soient autorisés à se servir de celui qu'ils ont choisi ; or le masque de la vente leur est interdit, puisque la vente n'est pas permise entre époux.

La vente entre époux, faite en dehors des hypothèses exceptionnelles prévues par l'art. 1595, est donc nulle dans tous les cas. Nous disons *nulle* (ou *annulable*), et non pas inexistante ; car le vice qui s'oppose à la validité de la vente est l'*incapacité* des parties (arg. art. 1123, 1594 et 1595 ; remarquez surtout le lien qui unit l'art. 1595 à l'art. 1594), et l'incapacité de contracter n'est dans notre droit qu'une cause de nullité. D'où il résulte notamment que l'aliénation est susceptible de confirmation, et que l'action en nullité se prescrira par dix ans (art. 1304), lesquels courront à compter de la dissolution du mariage (art. 2253).

489 *bis. Troisième point.* — Les contrats à titre onéreux autres que la vente sont-ils permis entre époux ?

La prohibition qui frappe le contrat de vente entre époux nous paraît s'appliquer à l'échange. En ce sens, Pau, 5 janvier 1885, Sir., 87. 2. 113. En effet, à part les exceptions résultant de la force même des choses et des dispositions de la loi, toutes les règles de la vente s'appliquent à l'échange (art. 1707). Mais la prohibition ne peut être plus étendue que celle qui frappe la vente, et nous en concluons que l'échange serait exceptionnellement permis entre époux dans les cas où l'art. 1595 autorise la vente, en tant bien entendu que ces exceptions peuvent recevoir leur application à l'échange. Ainsi une femme mariée sous le régime dotal, qui a promis à son mari une somme de 20,000 fr. en dot, pourrait se libérer en lui donnant un immeuble qui vaut 30,000 fr. en échange d'un autre qui n'en vaut que 10,000.

Quant aux autres contrats à titre onéreux, nous croyons qu'en principe ils demeurent permis entre époux, pourvu qu'ils ne portent pas atteinte au principe de

l'immutabilité des conventions matrimoniales (arg. art. 1395) ni aux droits qui appartiennent au mari comme chef. En effet, d'une part, la capacité est la règle générale en matière de contrats, l'incapacité l'exception (art. 1123). Or aucun texte ne déclare d'une manière générale les époux incapables de contracter à titre onéreux l'un avec l'autre, et on ne saurait, sans blesser les règles élémentaires de l'interprétation, généraliser l'incapacité que l'art. 1595 établit en ce qui concerne le contrat de vente seulement.

D'autre part, il existe au moins un texte qui suppose la validité des contrats à titre onéreux entre époux, c'est l'art. 1099. La disposition de cet article revient à dire que les contrats à titre onéreux entre époux sont nuls quand ils déguisent une donation : ce qui donne à entendre que dans le cas contraire ils sont valables. Généraliser la disposition de l'art. 1595 qui prohibe la vente entre époux, c'est rendre inutile la disposition de l'art. 1099 relative aux donations déguisées.

Enfin, la prohibition générale des contrats à titre onéreux entre époux ne se justifierait pas par des raisons suffisantes, et donnerait lieu dans la pratique à des inconvénients graves.

La tradition est en ce sens. Le droit romain autorisait les contrats à titre onéreux entre époux ; il ne les annulait que dans la mesure où ils contenaient des donations. Ces principes furent suivis dans nos anciens pays de droit écrit. Dans les pays de coutume eux-mêmes, bien que les donations entre époux fussent prohibées, les contrats à titre onéreux étaient permis; on ne les annulait que lorsqu'ils déguisaient une donation, ce que d'ailleurs, on présumait facilement. A plus forte raison les contrats à titre onéreux entre époux doivent-ils être considérés comme permis sous le code civil, qui autorise les donations entre époux, en les déclarant il est vrai essentiellement révocables (art. 1096).

* La jurisprudence paraît admettre en principe la validité des contrats à titre onéreux entre époux. Mais à cette règle elle établit une exception pour le contrat de société, qu'elle déclare interdit, quel que soit le régime matrimonial des époux (Cass., 7 mars 1888, Sir., 88. 1. 305). Bien plus, elle décide que la société contractée entre un homme et une femme est annulée de plein droit s'ils se marient l'un avec l'autre (Nîmes, 18 décembre 1886, s. Cass., 12 juillet 1887, Sir., 87. 1. 384). Toute société entre époux, disent en substance les arrêts, porterait nécessairement atteinte aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme, ou aux droits du mari comme chef et au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. En outre, au cas où il s'agit d'une société commerciale, elle violerait les art. 220 C. civ. et 5 C. co., d'après lesquels la femme ne peut être réputée marchande publique qu'autant qu'elle fait un commerce séparé de celui de son mari. — Il s'en faut de beaucoup à notre avis que ces raisons soient péremptoires. L'espace nous manque pour les réfuter.

II. *De l'incapacité qui atteint les administrateurs et les mandataires.*

490. Aux termes de l'art. 1596 : « *Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, — Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ; — Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ; — Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ; — Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère* ».

« On n'a pas voulu, dit le rapporteur du Tribunat, mettre l'intérêt aux prises avec le devoir. Le tuteur qui vend les biens de son pupille,

le mandataire qui vend ceux de son commettant, en un mot les divers agents qui vendent pour le compte d'autrui, doivent par devoir faire en sorte d'obtenir le plus haut prix possible, puisque c'est le plus grand avantage de ceux qu'ils représentent. S'il leur était permis de se rendre adjudicataires, leur propre intérêt les inviterait à vendre au plus bas prix ».

Examinons rapidement les diverses incapacités édictées par notre article.

1° Les tuteurs ne peuvent pas se rendre acquéreurs ou adjudicataires des biens de ceux dont ils ont la tutelle. *Tutor rem pupilli emere non potest.*

Cette incapacité étant formulée par la loi dans les termes les plus généraux, on doit en conclure qu'elle atteint le tuteur de l'interdit (légalement ou judiciairement) aussi bien que celui du mineur. Elle s'applique aussi au protuteur (art. 417) et au cotuteur (art. 396). Mais on ne saurait l'étendre au subrogé tuteur, au curateur au ventre (Toulouse, 6 décembre 1883, Sir., 84. 2. 66), au curateur du mineur émancipé ni au conseil judiciaire; car les textes qui édictent des incapacités n'admettent pas l'interprétation extensive. *Et alias non est eadem ratio.* On s'étonne que ce point soit contesté, car les principes sont certains.

La jurisprudence admet deux exceptions à la règle que le tuteur ne peut pas acheter les biens de celui dont il a la tutelle. La première est relative au cas où il s'agit d'un bien dont le tuteur est copropriétaire par indivis avec son pupille : si ce bien est licité, on autorise le tuteur à s'en rendre adjudicataire. La deuxième exception peut se produire, lorsque le tuteur a une hypothèque sur les biens de celui dont il gère la tutelle ; si, à défaut de paiement, le tuteur poursuit, comme il en a le droit, l'expropriation de l'immeuble hypothéqué contre le subrogé tuteur, il pourra mettre des enchères et par suite se porter adjudicataire.

2° Les mandataires ne peuvent pas se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre. D'après la jurisprudence de la cour de cassation, la loi ne parlant que des mandataires qui sont chargés de vendre, l'incapacité dont s'agit n'atteint pas ceux qui sont seulement chargés d'administrer.

Cette incapacité ne frappe pas non plus l'héritier bénéficiaire relativement aux biens de la succession ; il peut donc se rendre adjudicataire de ces biens, sans qu'il y ait lieu d'ailleurs de distinguer si la vente en est poursuivie à sa requête ou sur celle des créanciers de la succession. Il est vrai que l'héritier bénéficiaire est mandataire de ces derniers, et mandataire chargé de vendre. Mais il est en outre propriétaire des biens de la succession (t. II, n. 200); aussi n'y a-t-il pas vente, à proprement parler, quand c'est l'héritier bénéficiaire qui se porte adjudicataire ; car on ne peut pas acheter sa propre chose.

La question de savoir si l'avoué, qui poursuit une saisie immobilière au nom d'un créancier, peut se rendre adjudicataire du bien saisi, était autrefois controversée. Elle a été résolue dans le sens de la négative par le nouvel art. 711 C. pr.

3° Les administrateurs des communes ou des établissements publics tels que les hospices, ne peuvent pas se rendre adjudicataires des biens confiés à leurs soins. Par application de cette disposition, le maire d'une commune ne peut se rendre acquéreur ou adjudicataire des biens qui appartiennent à cette commune, car il en est administrateur. Mais la même incapacité n'atteint pas les conseillers municipaux : ils n'administrent pas ; le corps dont ils font partie est seulement un corps consultant et délibérant.

4° Enfin la loi déclare les officiers publics incapables de se rendre adjudicataires des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère. Cette incapacité atteint principalement les préfets.

491. Les ventes, faites en violation des prohibitions contenues en l'art. 1596, sont nulles. Il en est ainsi, alors même que le tuteur, le mandataire... se serait rendu adjudicataire par personne interposée. Mais les présomptions légales d'interposition de personne, écrites dans les art. 911 et 1100, ne seraient pas, comme telles, applicables ici; car les présomptions légales sont de droit étroit; on ne peut donc pas les étendre d'un cas à un autre, surtout quand elles aboutissent à une nullité. Le juge aura donc toute latitude pour apprécier, d'après les circonstances de la cause, s'il y a ou non interposition de personne.

La nullité édictée par l'art. 1596 est relative, comme toutes les nullités fondées sur des incapacités. Mais ici, à l'inverse de ce qui a lieu dans les cas ordinaires (art. 1125), ce n'est pas par l'incapable, c'est-à-dire par le tuteur, le mandataire..., que la nullité peut être demandée; car elle est établie contre lui, et non pas en sa faveur. Ce droit n'appartient qu'au propriétaire du bien indûment aliéné; il en usera, s'il trouve y avoir intérêt. Cpr. Cass., 20 novembre 1877, Sir., 78. 1. 22.

III. *De l'incapacité qui frappe les magistrats et ceux qui concourent avec eux à l'administration de la justice, relativement aux droits litigieux de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leur fonction ou profession.*

492. Art. 1597. *Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts.*

Les juges sont institués pour rendre la justice, et non pour en trafiquer. On devait donc leur interdire l'achat de tous les droits litigieux de la compétence du tribunal près duquel ils exercent leurs fonctions. Autrement le juge aurait pu abuser de l'influence que lui donne sa situation, pour se faire consentir à vil prix la cession d'un droit litigieux, et, une fois devenu cessionnaire, il se serait trouvé juge en sa propre cause ou tout au moins collègue de ceux qui sont appelés à le juger : ce qui aurait pu lui donner une certaine influence sur la décision du litige, et en tout cas faire naître des soupçons injurieux pour le corps dont il fait partie. Ces considérations s'appliquent, quoique avec moins de force, aux autres personnes que l'art. 1597 comprend dans sa prohibition, comme concourant d'une manière plus ou moins directe à l'administration de la justice.

n ce qui concerne les *juges,* la prohibition de notre article s'applique, vu la généralité des termes de cet article et l'identité des motifs, aux juges des tribunaux d'exception, par exemple aux juges des tribunaux administratifs et des tribunaux de commerce, aussi bien qu'aux juges des tribunaux ordinaires ou de droit commun.

Et d'un autre côté elle frappe même les magistrats, qui, sous le nom de conseillers, occupent les degrés les plus élevés de la hiérarchie judiciaire, conseillers des cours d'appel, de la cour de cassation... Il est vrai que la loi se sert des mots *juges, tribunal,* qui pourraient paraître exclure les conseillers et les cours. Mais, *lato sensu,* les conseillers sont des *juges,* et les cours des *tribunaux.* C'est d'ailleurs ainsi qu'on les désignait lors de la confection du code civil : les dénominations de *cour d'appel, cour de cassation, conseillers,* ne se sont introduites que plus tard. L'intention du législateur ne saurait donc être douteuse.

Sous le nom de *défenseurs officieux,* l'art. 1597 entend désigner les avocats. L'ordre des avocats, supprimé par la loi des 2-11 septembre 1790, n'était pas encore rétabli à l'époque où a été décrété le titre *De la vente;* il l'a été peu de temps après par la loi du 22 ventôse an XII.

493. L'incapacité, dont sont frappés les juges et les autres fonctionnaires désignés en l'art. 1597, est limitée aux droits litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions. Un juge du tribunal de première instance de Libourne, pourrait donc acheter un droit litigieux de la compétence du tribunal de Châtellerault, ou même de Bazas, bien que le tribunal de Bazas soit dans le ressort de la même cour d'appel que celui de Libourne où siège le juge. Mais un conseiller à la cour de Bordeaux ne pourrait acheter aucun droit litigieux de la compétence de l'un des tribunaux ressortissant à cette cour, parce que toute affaire jugée par un de ces tribunaux peut venir en appel devant la cour de Bordeaux, l'appel fût-il non recevable eu égard à la valeur du litige. De même un conseiller à la cour de cassation ne pourrait acheter aucun droit litigieux de la compétence d'un tribunal quelconque de France ou des colonies françaises, soumis au contrôle de cette cour, parce que la cour de cassation peut être appelée à statuer sur ce droit litigieux.

494. La prohibition de l'art. 1597 s'applique aux « procès, droits et actions liti- » gieux... ». Le mot *procès* désigne la contestation déjà née, et qui s'est traduite sous la forme agressive d'une demande judiciaire. Les mots *droits et actions litigieux* font allusion à une contestation à naître; les droits litigieux, dans le sens de l'art. 1597, sont ceux qui laissent entrevoir un procès à courte échéance. C'est au juge du fait qu'il appartient, en cas de difficulté, de décider si le droit cédé offre ce caractère. Il ne faut donc pas appliquer ici la définition que donne l'art. 1700 du droit litigieux : « La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation » sur le fond du droit »; autrement la disposition de l'art. 1597, qui parle de *procès, droits et actions litigieux,* contiendrait un pléonasme inexplicable.

* **495.** L'art. 1597 édicte une incapacité. Cela résulte, soit des termes de cet article, soit de la place qu'il occupe. Or dans notre droit les actes faits par un incapable ne sont pas inexistants; ils sont seulement nuls ou annulables. Tel sera en effet le sort de la vente faite en violation de l'art. 1597.

Ordinairement la nullité fondée sur une incapacité ne peut être proposée que par l'incapable (art. 1125). Mais cette règle suppose que la nullité est édictée en faveur de l'incapable et dans le but de le protéger; elle ne saurait donc s'appliquer dans notre hypothèse où la nullité est établie en haine de l'incapable; à tel point qu'il paraît même difficile d'autoriser ici l'incapable à se prévaloir de la nullité. Par qui pourra-t-elle donc être opposée ? Par le cédant et par le cédé, que la loi a entendu protéger l'un et l'autre, le premier, parce qu'on le suppose victime de l'influence qu'a exercée sur lui le cessionnaire à raison de sa qualité, le second, parce qu'il importe de lui permettre d'échapper à un combat à armes inégales auquel il ne s'est pas volontairement exposé.

Une vente de droits litigieux ayant été annulée comme faite en violation de

l'art. 1597, tout sera remis au même état que si la cession n'avait pas eu lieu; le cédant reprendra donc son droit contre le cédé, et le cessionnaire pourra exiger le remboursement du prix de cession qu'il aurait payé.

CHAPITRE III

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES

496. Aux termes de l'art. 1598 : « *Tout ce qui est dans le commerce,* » *peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé* » *l'aliénation* ». Il résulte de ce texte, par argument *a contrario,* que toutes les choses qui sont en dehors du commerce ne peuvent pas être vendues : tels sont les biens faisant partie du domaine public; tels encore certains droits exclusivement attachés à la personne du titulaire, comme les droits d'usage et d'habitation (art. 634).

Les fonctions publiques sont aussi hors du commerce. Par suite on doit déclarer nulle la convention, aux termes de laquelle un fonctionnaire public s'engage à donner sa démission moyennant une somme d'argent que s'oblige à lui payer une autre personne dans l'espoir de se faire nommer à sa place. C'est une vente déguisée de la fonction.

Cette règle souffre toutefois exception relativement à certains offices publics, pour lesquels la loi de finances du 28 avril 1816 admet le droit de présentation, tels que les offices de notaire, de greffier, d'avoué, d'huissier, de commissaire-priseur... Les titulaires de ces diverses charges ne peuvent pas les vendre à proprement parler; car la fonction n'est pas dans le commerce, et l'autorité publique peut seule en déléguer l'exercice. Mais, comme le gouvernement ne peut, sauf le cas de destitution ou de création d'un nouvel office, nommer un nouveau titulaire sans la présentation de l'ancien, il en résulte que ce dernier peut dire à celui qui aspire à lui succéder : « Je veux bien user de mon droit de présentation à votre profit, mais à la condition que vous me paierez une certaine somme d'argent ». Si le gouvernement agrée le candidat présenté et l'investit de la fonction, le nouveau titulaire jouit, lui aussi, du droit de présentation attaché à la fonction; de sorte que c'est le droit de présentation qui fait l'objet du traité, de la vente de l'office, comme on dit ordinairement. Le candidat présenté ne doit payer le prix convenu que s'il est agréé par le gouvernement, et par suite nommé à la fonction. Cpr. Cass., 19 novembre 1884, Sir., 86. 1. 265, et 5 août 1885, Sir., 86. 1. 268.

Un médecin peut-il vendre sa clientèle? A proprement parler, non; car la clientèle est hors du commerce. Comme on l'a fort bien dit, un médecin ne peut pas plus vendre la confiance de ses clients que son talent et son expérience. Mais un médecin, qui s'est formé une clientèle, peut très bien, moyennant une somme d'argent que s'engage à lui payer un de ses confrères qui aspire à lui succéder, prendre l'engagement de mettre celui-ci en rapport avec ses clients, de lui céder un bail, de ne pas exercer la médecine dans un certain rayon et de laisser ainsi la place libre à son successeur. Paris, 25 juin 1884, Sir., 84. 2. 176. Cpr. Cass., 12 mai 1885, Sir., 85. 1. 440.

497. Parmi les choses qui sont dans le commerce, il y en a, nous dit l'art. 1598, dont l'aliénation et par suite la vente sont prohibées par certaines lois particulières. Ainsi la vente des blés en vert est interdite

par la loi du 23 messidor an II, et la vente des remèdes secrets par celle du 21 germinal an XI; bien qu'antérieures au code civil, ces deux lois sont encore en vigueur. Mentionnons aussi la loi du 3 mai 1844, dont l'art. 4 défend dans chaque département la vente du gibier pendant le temps où la chasse est prohibée. Est interdite également, sous la sanction des peines édictées par l'art. 21 de la loi du 15 juillet 1845, la vente et l'achat des coupons de retour des billets d'aller et retour que certaines compagnies de chemins de fer délivrent en vertu d'un tarif spécial dûment homologué, aux termes duquel les deux coupons ne peuvent être utilisés que par la même personne. Voyez à ce sujet les diverses décisions judiciaires rapportées dans Sirey, 87. 2. 199.

498. Les choses futures peuvent faire l'objet d'un contrat de vente. Cependant, aux termes de l'art. 1600 : « *On ne peut vendre la succes-* » *sion d'une personne vivante, même de son consentement* ». La règle et l'exception nous sont déjà connues; nous les avons exposées, t. II, n. n. 173 et 174.

499. Aux termes de l'art. 1601 al. 1, « *Si au moment de la vente la* » *chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle* ». Il serait plus exact de dire que la vente est dans ce cas inexistante, car elle manque d'objet (*supra* n. 462). D'où la conséquence que, si l'acheteur a payé son prix, il aura trente ans pour le répéter. La loi ajoute : « *Si* » *une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur* » *d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant* » *déterminer le prix par la ventilation* » (art. 1601 al. 2). La loi accorde donc à l'acheteur un droit d'option; et, comme elle le lui accorde sans restriction, il est difficile d'admettre, avec certains auteurs, que l'acheteur n'a pas le droit d'abandonner la vente, au cas où la partie périe est de peu d'importance.

Lorsque l'acheteur déclare vouloir maintenir la vente, il y a lieu de procéder à une ventilation pour déterminer la portion du prix afférente à la partie de la chose qui a été conservée. Remarquez qu'il ne s'agit pas d'estimer ce que *vaut* cette partie, mais bien de rechercher quelle est la portion du prix de la vente qui lui correspond. C'est cette portion seulement que l'acheteur devra payer. Tant que l'acheteur n'a pas déclaré sa volonté de réclamer la partie conservée et n'a pas fait fixer le prix par la ventilation, il n'y a pas vente.

500. Enfin la loi déclare nulle la vente de la chose d'autrui. « *La* » *vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dom-* » *mages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ». Tel est l'art. 1599. Son interprétation donne lieu à de graves difficultés.

En droit romain et dans l'ancien droit français, la vente de la chose d'autrui était valable; notre législateur la déclare nulle. Quelle est la

raison de cette différence ? Elle tient à ce que la vente n'a plus sous l'empire du code civil le même caractère qu'autrefois. En droit romain et dans notre ancien droit, la vente était un contrat simplement *productif d'obligations;* elle est devenue dans notre droit actuel un contrat *translatif de propriété :* aujourd'hui, vendre c'est aliéner. Or, si je puis contracter une obligation relativement à la chose d'autrui, fût-ce celle d'en transférer la propriété, il est manifestement impossible que j'*aliène* cette chose, c'est-à-dire que, par le seul effet de ma volonté, j'en rende une autre personne propriétaire. La maison A appartient à Paul; je propose de vous la vendre moyennant une somme de 20,000 fr., et vous acceptez ma proposition. Si cela signifie, comme en droit romain et dans l'ancien droit français, que je m'oblige moyennant 20,000 fr. à vous *faire avoir* la maison, c'est-à-dire à vous en procurer la possession paisible, si même cela signifiait seulement que je contracte envers vous l'obligation de vous rendre propriétaire de la maison, aucun obstacle ne s'opposerait à ce que la convention fût valable; car je puis valablement contracter une obligation, fût-ce celle de transférer la propriété, relativement à la chose d'autrui, et l'exécution d'une semblable obligation est possible à la suite d'arrangements pris avec le propriétaire. Mais, si cela veut dire, comme dans notre droit actuel, que je vous transfère immédiatement la propriété de la maison vendue, il y a une impossibilité juridique à la validité de la convention; car je ne puis pas transférer la propriété d'une chose qui ne m'appartient pas.

Voilà pourquoi la vente de la chose d'autrui est nulle : elle est nulle par application de la règle *Nemo dat quod non habet.* Et, si l'acheteur vient en demander la nullité, le vendeur ne pourra pas dire : Je vais me mettre en mesure de vous transférer la propriété de la chose vendue, en prenant à cet égard des arrangements avec le propriétaire; je m'oppose par conséquent à ce que la nullité soit prononcée. L'acheteur répondrait : Ce n'est pas là ce qui a été convenu entre nous; j'ai entendu, comme c'était mon droit, puisque la vente est par sa nature un contrat translatif de propriété, devenir immédiatement propriétaire. Ce résultat, en vue duquel je traitais, n'ayant pas pu se produire, parce que la propriété de la chose vendue ne vous appartenait pas, je demande la nullité de la vente. Il ne m'est pas indifférent d'être propriétaire ou d'avoir seulement l'espoir de le devenir.

501. Tel étant le motif de la règle, que la vente de la chose d'autrui est nulle, il en résulte que cette règle ne s'appliquera pas, toutes les fois que la vente, bien que portant sur une chose qui appartient à autrui, aura été conclue dans des conditions telles que, dans l'intention des deux parties, elle se résumera en une obligation contractée par le vendeur de faire avoir la chose vendue à l'acheteur ou même de lui

en transférer la propriété, toutes les fois en un mot que les parties auront entendu faire une vente simplement productive d'obligations, et non une vente translative de propriété.

Il en est ainsi tout d'abord, lorsque la vente a pour objet des choses *in genere*. Ainsi, ne possédant pas un grain de froment, je vous vends vingt hectolitres de cette denrée. A un certain point de vue, c'est bien la chose d'autrui que je vous ai vendue; car le froment, que je vous livrerai en exécution de la vente, appartient aujourd'hui à un autre que moi. Et cependant la vente est valable, parce qu'il résulte *de la nature même de la chose vendue* que nous avons entendu faire une vente simplement productive d'obligations, une vente m'obligeant à vous transférer la propriété de vingt hectolitres de froment, que je me procurerai comme je pourrai, et non une vente vous transférant immédiatement la propriété, ce qui est impossible, puisque la chose vendue n'est déterminée que quant à son espèce. L'application de l'art. 1599 suppose donc une vente portant sur un *corps certain* qui appartient à autrui.

L'intention des parties de faire une vente simplement productive d'obligations, une vente romaine, peut aussi être manifestée par les termes mêmes dans lesquels la convention a été conclue. Ainsi j'ai dit : Je m'engage moyennant une somme de 20,000 fr. à vous rendre propriétaire de la maison A, qui appartient à Paul; je prendrai à cet effet des arrangements avec le propriétaire de la maison; et vous avez accepté cette proposition telle quelle. Nul doute que la convention ne soit valable. Non seulement elle est valable, mais elle constitue une vente; il n'est pas essentiel en effet, pour qu'il y ait vente, que la propriété soit immédiatement transférée à l'acheteur (*supra* n. 446). Cela est de la nature de la vente, mais non de son essence; et les parties peuvent par conséquent stipuler le contraire.

Il ne serait même pas nécessaire à notre avis que les parties se fussent expliquées aussi catégoriquement. Ainsi j'ai dit : Je vous vends moyennant 20,000 fr. la maison A, *qui appartient à Paul,* et vous avez accepté la proposition faite dans ces termes. On ne peut pas supposer sérieusement que nous ayons voulu l'un et l'autre faire l'impossible, c'est-à-dire conclure une vente transférant immédiatement la propriété. Notre commune intention a été vraisemblablement que je *m'engageasse* seulement à vous rendre propriétaire de la maison de Paul, en vertu d'arrangements pris ou à prendre avec celui-ci. Admettre en pareil cas que les parties ont entendu faire une vente translative de propriété, ce serait leur prêter l'intention de faire un acte nul, contrairement à la règle d'interprétation écrite en l'art. 1157.

Nous croyons que la même interprétation devrait être admise et, pour les mêmes motifs, s'il était démontré par des preuves puisées en dehors de l'acte de vente, par exemple par l'aveu des parties, qu'elles ont su l'une et l'autre en contractant que la chose vendue appartenait à autrui.

Enfin on pourrait bien soutenir qu'une vente portant sur la chose d'autrui doit être considérée comme valable, en tant que simplement productive d'obligations, par

cela seul que l'acheteur a su en contractant que la chose vendue appartenait à autrui, alors même que le vendeur l'aurait ignoré. En effet, en pareil cas, l'acheteur n'a pu raisonnablement vouloir qu'une chose, savoir que le vendeur *s'engageât* à lui transférer la propriété après arrangements pris avec le propriétaire, puisqu'il savait que la vente était consentie *a non domino*. Le vendeur, il est vrai, a entendu consentir une vente translative de propriété ; mais par cela même il s'est implicitement obligé à rendre ultérieurement l'acheteur propriétaire, pour le cas où la vente ne pourrait pas lui transférer immédiatement la propriété. L'une des parties, l'acheteur, n'a donc voulu qu'une vente simplement productive d'obligations, et l'autre, le vendeur, a voulu une vente translative de propriété et subsidiairement une vente productive d'obligations. Il y a par conséquent accord des deux parties pour une vente productive d'obligations.

502. En résumé, quand la loi déclare nulle la vente de la chose d'autrui, elle entend frapper de nullité la convention, qui, dans l'intention des parties, de l'acheteur tout au moins, devait transférer immédiatement à celui-ci la propriété de la chose vendue. Une semblable convention est nulle par suite d'une impossibilité juridique, que traduit la règle *Nemo dat quod non habet*. Il appartiendrait d'ailleurs au juge, en cas de contestation, de décider si les parties, qui ont traité relativement à la chose d'autrui, ont entendu faire une vente translative de propriété, nulle aux termes de l'art. 1599, ou une vente simplement productive d'obligations, valable d'après ce qui vient d'être dit.

503. Recherchons maintenant quel est le caractère de la nullité de la vente de la chose d'autrui. C'est là le point le plus difficile de cette difficile matière.

a. — Dans une première opinion, on soutient que la nullité de la vente de la chose d'autrui se rattache à la disposition de l'art. 1184, qui déclare la condition résolutoire sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. En d'autres termes, l'art. 1599 ne ferait que consacrer pour un cas particulier l'application du principe général écrit en l'art. 1184. Le vendeur s'est obligé à rendre l'acheteur immédiatement propriétaire ; si ce résultat ne peut pas se produire, parce que la propriété de la chose vendue n'appartient pas au vendeur, l'acheteur peut demander la résolution du contrat. — Ce point de départ nous semble bien difficile à admettre. La loi dit que la vente de la chose d'autrui est *nulle*, et on lui fait dire qu'elle est *résoluble*. Or ce sont là deux expressions qui ne se valent pas, tant s'en faut, et il est peu probable que le législateur ait employé l'une pour l'autre. D'ailleurs, dans ce système, l'art. 1599 est inutile, puisqu'il ne fait qu'appliquer un principe de droit commun. Aussi le repoussons-nous, quoiqu'il conduise à des déductions assez satisfaisantes. Voici les principales : 1° la résolution, que l'on appelle une nullité, ne peut être demandée que par l'acheteur ; 2° l'action que la loi lui accorde à cet effet dure trente ans : c'est la durée normale des actions en résolution ; 3° la résolution n'existe que lorsqu'elle a été prononcée par la justice, qui peut accorder un délai au vendeur pour exécuter son obligation ; 4° si le vendeur devient propriétaire avant que la résolution ait été prononcée, la propriété passe immédiatement à l'acheteur qui ne pourra plus désormais obtenir la résolution.

b. — D'autres soutiennent que la vente de la chose d'autrui est nulle *faute de cause*, que par suite elle est nulle de nullité absolue ou inexistante, la cause étant un des éléments essentiels à la validité des obligations (art. 1108). Il en résulterait notamment que la nullité peut être proposée par le vendeur aussi bien que par l'acheteur, qu'elle peut l'être indéfiniment et qu'elle n'est pas susceptible de se couvrir par une confirmation soit expresse, soit tacite. — Nous repoussons également ce système, et voici nos motifs. Dans la vente, comme dans tous les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties sert de cause à celle de l'autre. Pour

que l'obligation de l'acheteur pût être considérée comme sans cause, lorsque la vente porte sur une chose appartenant à autrui, il faudrait donc que l'obligation du vendeur n'existât pas. Or comment douter qu'elle existe? Cette circonstance que la chose vendue appartient à autrui peut bien avoir pour résultat d'empêcher que le vendeur n'en transfère immédiatement la propriété à l'acheteur; mais elle n'empêche pas qu'il s'oblige à la transférer, et cette obligation est certainement valable, sauf les difficultés d'exécution. D'autre part, si la vente de la chose d'autrui était inexistante, comme on le dit, elle ne saurait engendrer aucun effet; car le néant ne peut rien produire. Comment expliquer alors qu'elle puisse donner lieu à des dommages et intérêts au profit de l'acheteur (art. 1599), qu'elle fasse naître l'obligation de garantie à la charge du vendeur (art. 1626), enfin qu'elle puisse servir à l'acheteur de juste titre soit pour usucaper par dix à vingt ans (art. 2265), soit pour gagner les fruits perçus (art. 549 et 550)?

c. — Nous venons d'établir que la vente de la chose d'autrui n'est ni résoluble ni inexistante. Il ne reste plus qu'un parti à prendre : c'est de la déclarer simplement nulle ou annulable. On respectera ainsi le texte de l'art. 1599, et on expliquera très facilement les diverses dispositions législatives qui font produire à la vente de la chose d'autrui des effets plus ou moins importants. C'est la solution qui paraît triompher en doctrine et en jurisprudence. Mais, ce point de départ une fois admis, on est loin de s'entendre sur les déductions.

504. Avant d'aborder ce côté de notre sujet, qui est le plus délicat, voyons tout d'abord comment le législateur a pu être conduit, en théorie, à déclarer la vente de la chose d'autrui *nulle,* c'est-à-dire annulable.

La nullité d'un contrat résulte d'un vice originel dont il est atteint. Quel est ici le vice? Nous croyons que c'est une erreur de l'acheteur, et l'erreur consiste à notre avis en ce qu'il a traité avec un *non dominus,* croyant traiter avec le *verus dominus.* C'est une erreur sur la personne, il est vrai; mais elle est *substantielle,* et suffit à ce titre pour entraîner la nullité du contrat (arg. art. 1110). Nous disons que l'erreur est *substantielle.* En effet la personne du cocontractant avait ici une importance capitale pour l'acheteur : ce n'est pas avec Pierre ou avec Paul qu'il a entendu traiter, mais bien avec le propriétaire de la chose, parce qu'il voulait acquérir la propriété et que seul le propriétaire pouvait la lui transférer. Cette explication nous paraît préférable à celle que donnent en général les partisans de notre opinion, et d'après laquelle on devrait considérer l'erreur de l'acheteur comme portant sur la *substance de la chose* (art. 1110), c'est-à-dire sur une qualité substantielle de cette chose, consistant en ce qu'elle appartenait à un autre que le vendeur.

505. Le moment est venu d'indiquer les conséquences du système auquel nous nous sommes rallié, et dont nous avons ainsi arrêté la formule : La vente de la chose d'autrui est nulle, c'est-à-dire annulable.

1° La nullité ne peut être proposée que par l'acheteur, dans l'intérêt duquel elle a été édictée. Il a d'ailleurs le droit de s'en prévaloir soit par voie d'exception, soit par voie d'action, suivant les cas : — par voie d'exception, si le vendeur l'attaque en paiement du prix; — par voie d'action, si, ayant déjà payé son prix, il veut en obtenir la restitution, ou s'il veut prendre les devants pour empêcher que le vendeur ne vienne demander plus tard l'exécution du contrat. Dans tous les cas, la nullité doit être demandée à la justice, qui seule a qualité pour la prononcer; car elle n'existe pas de plein droit.

Le vendeur, au contraire, n'est jamais reçu à proposer la nullité de la vente soit par voie d'action, soit par voie d'exception, et cela alors même qu'il aurait été de bonne foi lors de la vente, c'est-à-dire qu'il aurait ignoré que la chose appartînt à autrui. Il est vrai que le vendeur a commis dans ce cas une erreur, qui semblerait

au premier abord devoir lui ouvrir l'exercice de l'action en nullité. Mais d'abord l'erreur du vendeur, qui se croit propriétaire, est moins excusable que celle de l'acheteur qui le considère comme tel, et on conçoit à merveille que la loi ait fait à cet égard une situation différente à chaque partie. D'un autre côté, vendre c'est s'obliger à transférer la propriété, et il est tout naturel que, si cette obligation ne peut pas être exécutée immédiatement par le seul effet de la volonté des parties (art. 1138), parce que le vendeur n'est pas propriétaire, celui-ci soit au moins tenu, si l'acheteur l'exige, de faire tous ses efforts pour parvenir plus tard à l'exécution de cette obligation, et soit condamné à des dommages et intérêts s'il n'y réussit pas. En d'autres termes, celui qui vend une chose dans la persuasion qu'il en est propriétaire, contracte implicitement l'obligation d'en transférer ultérieurement la propriété à l'acheteur, s'il n'a pas pu la lui transférer immédiatement, parce que la chose appartenait à autrui; or il méconnaîtrait cet engagement en demandant la nullité du contrat. Tel est d'ailleurs le caractère des nullités relatives, de ne pouvoir être proposées que par l'une des parties. — Il y a cependant des auteurs qui permettent au vendeur de se prévaloir de la nullité; mais on est loin de s'entendre sur les conditions requises pour qu'il puisse user de ce droit.

2° L'acheteur peut, quand il découvre l'erreur dans laquelle il est tombé, ratifier le contrat, c'est-à-dire consentir à la transformation de la vente translative de propriété, qu'il a entendu souscrire, en une vente simplement productive d'obligations. La confirmation peut d'ailleurs, suivant les règles du droit commun, être expresse ou tacite; la confirmation tacite résulterait de l'exécution volontaire du contrat après la découverte de l'erreur, par exemple de ce que l'acheteur aurait pris livraison ou payé son prix.

3° L'action en nullité se prescrit par dix ans à compter du jour où l'acheteur a découvert son erreur (arg. art. 1304). La prescription une fois accomplie, la vente devra être considérée comme définitivement valable en tant que contrat productif d'obligations; car la prescription de dix ans est une confirmation tacite. L'acheteur pourra donc exiger par tous les moyens de droit l'exécution de l'obligation du vendeur, et, à défaut, des dommages et intérêts; de même qu'en sens inverse le vendeur, qui serait à même d'exécuter son obligation, pourrait forcer l'acheteur à payer son prix.

Ce que nous venons de dire fournit la réponse à une objection soulevée par quelques auteurs, qui déclarent incompréhensible que l'action en nullité de la vente portant sur la chose d'autrui se prescrive par dix ans et que l'action en garantie résultant de cette même vente dure trente ans; de sorte qu'après la prescription de l'action en nullité l'acheteur peut encore agir en garantie pendant vingt ans. Cela est tout simple avec la solution qui vient d'être donnée, puisqu'au bout de dix ans la vente se trouve être définitivement valable comme contrat productif d'obligations, et engendre à ce titre l'action en garantie.

4° Tant que l'acheteur ne demande pas la nullité de la vente, il est censé adhérer à la convention dans les termes où elle est possible, c'est-à-dire comme simplement productive d'obligations; c'est pour cela qu'au bout de dix années nous le considérons comme ayant ratifié définitivement la vente. De là on doit conclure, ce semble, que si, avant que l'acheteur ait intenté l'action en nullité, le vendeur devient propriétaire de la chose vendue, la nullité sera définitivement couverte. En effet la propriété est alors définitivement transférée à l'acheteur (arg. des art. 1138 et 1583); et, l'obligation du vendeur se trouvant ainsi exécutée avec le consentement présumé de l'acheteur, on ne voit pas comment celui-ci pourrait, en invoquant la nullité, se soustraire à l'obligation de payer son prix.

* La question serait plus délicate, si le vendeur était devenu propriétaire pendant le cours de l'instance où se débat l'action en nullité. L'acheteur ayant alors

retiré son consentement à l'époque où le vendeur devient propriétaire, et d'autre part le juge devant, pour statuer sur une demande, se reporter à l'état de choses existant à l'époque où elle a été formée, il semble en résulter que la nullité ne serait pas couverte dans cette hypothèse.

5° L'acheteur, qui fait prononcer la nullité de la vente, peut réclamer des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il éprouve, mais seulement *s'il a ignoré que la chose fût à autrui* (art. 1599). On conçoit à merveille que l'acheteur n'ait pas droit à des dommages et intérêts, quand il a su en contractant que la chose n'appartenait pas au vendeur. En effet celui qui achète dans de pareilles conditions, et qui entend néanmoins devenir immédiatement propriétaire, ce qui est nécessaire pour que la vente soit nulle (*supra* n. 501), a voulu une chose manifestement impossible, et n'a pas le droit de se plaindre du préjudice qu'il éprouve.

Pour que l'acheteur de bonne foi ait droit à des dommages et intérêts, il n'est pas nécessaire que le vendeur ait été de mauvaise foi lors de la vente. La bonne foi du vendeur n'empêche pas en effet qu'il ne soit l'auteur du préjudice causé à l'acheteur : ce préjudice résulte au moins de son fait, sinon de sa faute ; car il s'est présenté comme propriétaire de la chose vendue ; c'est donc justice qu'il soit tenu d'en fournir la réparation.

506. Observation. — Tout ce que nous venons de dire relativement à la validité ou à la nullité de la vente portant sur la chose d'autrui ne concerne que les relations de l'acheteur et du vendeur. En ce qui regarde le propriétaire de la chose, il n'y a pas à se préoccuper de savoir si la vente qu'un tiers en a consentie est valable ou nulle. Cette vente est pour lui *res inter alios acta,* et ne saurait par suite porter aucune atteinte à son droit. Le propriétaire pourra donc revendiquer sa chose contre l'acheteur qui la possède, tant que l'usucapion n'en sera pas acquise à son profit.

CHAPITRE IV

DES OBLIGATIONS DU VENDEUR

SECTION PREMIÈRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

507. « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige.* » — *Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* » (art. 1602).

Ce texte déroge au droit commun, d'après lequel : « Dans le doute, la convention » s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obli- » gation (art. 1162). L'application de cette règle en matière de vente, contrat synallagmatique, dans lequel chaque partie joue le double rôle de stipulant et de promettant, aurait conduit à décider que les pactes obscurs ou ambigus s'interprètent tantôt contre le vendeur tantôt en sa faveur, suivant qu'ils le constituent créancier ou débiteur. Au lieu de cela, l'art. 1602 fait retomber sur le vendeur, dans tous les cas, les conséquences de l'obscurité des clauses du contrat. Quel est le fondement de cette dérogation ? On peut dire d'abord que le vendeur dicte en

général les clauses du contrat. C'est l'idée qu'exprime un vieux proverbe juridique rapporté dans les Institutes coutumières de Loysel : *Qui vend le pot, dit le mot.* Le vendeur doit donc s'expliquer clairement. Le doute que présente une clause s'interprètera contre lui ; *legem potuit apertius dicere.* En second lieu, le vendeur connaît en général beaucoup mieux que l'acheteur la chose objet du contrat ; il est donc naturel de lui imputer l'obscurité des clauses réglant l'étendue des obligations qu'il contracte relativement à la chose vendue, et de les interpréter dans le sens qui lui est le moins favorable.

La règle exceptionnelle que formule l'art. 1602 se trouve donc suffisamment justifiée. Elle doit toutefois recevoir deux limitations importantes qui en tempèrent l'apparente rigueur. — D'une part, en effet, elle ne s'applique qu'aux clauses ordinaires du contrat de vente, et non aux clauses exceptionnelles que l'acheteur aurait stipulées dans son intérêt. La remarque en a été faite au corps législatif lors de la confection de la loi. — D'autre part, la règle de l'art. 1602, de même que celle de l'art. 1162 auquel il déroge, ne doit être appliquée qu'en désespoir de cause, c'est-à-dire après que le juge aura épuisé, pour découvrir le sens du pacte obscur ou ambigu, les moyens ordinaires d'investigation indiqués dans les art. 1156 et s. qui contiennent les règles générales relatives à l'interprétation des conventions.

508. Aux termes de l'art. 1603 : « *Il* [le vendeur] *a deux obligations* » *principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ». Ce sont là les deux obligations *principales* du vendeur ; le législateur va les étudier successivement dans deux sections. Mais le vendeur peut en avoir d'autres, notamment celle de conserver la chose jusqu'à la livraison. Nous ne parlons pas de l'obligation de transférer la propriété, parce que dans les cas ordinaires cette obligation est réputée exécutée au moment même de sa formation (art. 1138 et 1583), de sorte qu'elle meurt en naissant.

La propriété de la chose vendue étant transférée à l'acheteur aussitôt que la vente est devenue parfaite, l'acheteur se trouve investi à l'égard du vendeur de la double qualité de propriétaire et de créancier. Par suite, l'action qui lui appartient contre le vendeur est une action mixte : ce qui entraîne au point de vue de la compétence une conséquence importante formulée par l'art. 59 du code de procédure civile.

SECTION II

DE LA DÉLIVRANCE

509. Définition. — « *La délivrance* [ou tradition] *est le transport de* » *la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ». Ainsi s'exprime l'art. 1604.

Si le mot *puissance* fait allusion au transport de la propriété de la chose vendue, ainsi qu'on l'a prétendu, et que cela paraît en effet résulter des explications de Domat auquel la définition de l'art. 1604 a été empruntée, il faut dire que ce mot est de trop. En effet ce n'est pas la délivrance qui transporte la propriété de la chose vendue à l'acheteur. C'est incontestable, lorsque la vente a pour objet un corps certain : l'acheteur devient alors propriétaire par le seul effet du consentement (art. 1138 et 1583) ; et, si la vente porte sur des choses *in genere,* c'est bien plutôt la détermination de la chose à livrer que la délivrance qui transportera la

propriété à l'acheteur. Peut-être, en disant que la délivrance met la chose en la PUISSANCE de l'acheteur, le législateur a-t-il fait allusion au cas où la chose est mise à la *disposition* de l'acheteur, sans que la possession réelle et effective lui en soit transmise. C'est ce qui arrive par exemple lorsque le vendeur d'une maison en remet les clefs à l'acheteur : si celui-ci n'est pas encore en possession réelle, il ne tient qu'à lui de s'y mettre. Mais alors il aurait suffi de dire que la délivrance met la chose en la *puissance* de l'acheteur, et le mot *possession* est de trop. Tel est en effet notre sentiment.

§ I. *Dispositions générales.*

I. *Comment doit s'effectuer la délivrance.*

510. On conçoit que la manière d'effectuer la délivrance peut varier à l'infini suivant la nature de la chose vendue et les circonstances particulières de la cause. Aussi peut-être eût-il suffi de s'en tenir au principe établi par l'art. 1604, qui indique le résultat auquel doit conduire la délivrance et fournit par conséquent une pierre de touche permettant au juge de reconnaître, dans chaque espèce qui s'offrira à lui, si le vendeur a ou non satisfait à l'obligation de délivrer dont il est tenu. Au lieu de cela, le législateur a préféré entreprendre une énumération, qui par la force même des choses devait être incomplète, des divers modes d'opérer la délivrance. Nous allons le suivre dans cette voie, et nous distinguerons avec lui s'il s'agit d'immeubles, d'objets mobiliers corporels ou de créances.

A. *De la délivrance des immeubles.*

511. « *L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part* » *du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou* » *lorsqu'il a remis les titres de propriété* » (art. 1605).

Par *titres de propriété,* ce texte entend désigner les titres qui assurent la propriété dans les mains du vendeur, et non pas l'acte de vente, l'*instrumentum emptionis.* La loi ne pouvait pas songer à ce dernier. Et en effet, de deux choses l'une : ou la vente a été constatée par acte notarié, et alors le notaire en délivrera une expédition à l'acheteur comme au vendeur; ou elle a été faite par acte sous seing privé, et alors il a fallu rédiger l'acte en deux originaux, dont l'un a dû être immédiatement remis au vendeur et l'autre à l'acheteur (art. 1325). Dans l'un comme dans l'autre cas, le vendeur ne peut donc jamais avoir à délivrer à l'acheteur l'*instrumentum emptionis.*

Quand il s'agit d'un bâtiment, le vendeur doit remettre à l'acheteur, non seulement les clefs, mais aussi les titres de propriété s'il en a, bien que la loi paraisse n'exiger la remise des titres que lorsqu'il s'agit d'immeubles ruraux.

Bien entendu, le vendeur doit en outre s'abstenir de tout acte qui pourrait gêner la prise de possession de l'acheteur. Ainsi, pour une maison, il devra cesser de l'habiter; s'il s'agit d'un fonds de terre, il devra cesser de le cultiver. Cela est sous-entendu dans l'art. 1605.

B. *De la délivrance des objets mobiliers corporels.*

512. Art. 1606. *La délivrance des effets mobiliers s'opère, — Ou par la tradition réelle, — Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, — Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.*

= *Par la tradition réelle.* La tradition réelle se fait de la main à la main pour les menus objets, tels qu'une montre, un livre. Pour les objets d'un volume plus considérable, comme une machine à vapeur, la tradition réelle a lieu, lorsque le vendeur met la chose à la disposition de l'acheteur pour que celui-ci l'enlève.

= *Par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent.* Quand l'acheteur a reçu ces clefs, la chose vendue est à sa disposition, en sa puissance.

= *Par le seul consentement des parties.* Le seul consentement des parties suffit pour opérer la délivrance, dans trois cas, dont deux seulement sont indiqués par notre article :

1° *Si le transport de la chose vendue ne peut pas se faire au moment de la vente,* par exemple s'il s'agit de la vente d'une récolte ou d'une coupe à faire.

2° *Si l'acheteur a déjà la chose en son pouvoir à un autre titre,* par exemple s'il la détient à titre de locataire, d'usufruitier, de dépositaire, d'emprunteur. On remarquera que ce mode de délivrance, bien que la loi ne le signale qu'au sujet des meubles, est certainement applicable aux immeubles.

3° Dans l'hypothèse du *constitut possessoire,* hypothèse dont la loi ne parle pas. Il y a constitut possessoire, lorsque le vendeur, par suite d'une convention faite avec l'acheteur, continue de posséder la chose vendue, mais à un titre précaire, tel que celui de locataire, d'usufruitier... Le vendeur possède alors pour le compte de l'acheteur, dont il est censé avoir reçu la chose après la lui avoir livrée. Il y a interversion dans la possession du vendeur, qui possédait avant la vente à titre de propriétaire et qui possèdera maintenant en qualité d'usufruitier, de locataire, de dépositaire..., par conséquent en vertu d'un titre *précaire,* c'est-à-dire d'un titre impliquant la reconnaissance du droit de propriété de l'acheteur.

C. *De la délivrance des choses incorporelles.*

513. « *La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise* » *des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du* » *vendeur* » (art. 1607).

Tous les droits étant nécessairement incorporels, l'expression *droits incorporels* dont se sert ici la loi est un pléonasme évident.

Notre article indique deux modes de tradition pour les choses incorporelles ou droits.

1° *La remise des titres.* Il s'agit des titres qui constatent l'existence du droit cédé, et non du titre qui constate la cession. Par exemple le vendeur d'une créance remettra à l'acheteur les titres qui prouvent l'existence de la créance.

2° *L'usage que l'acquéreur fait du droit avec le consentement du vendeur.* Ainsi je constitue à votre profit une servitude de passage sur mon domaine; il ne peut pas être question ici de vous livrer des titres, puisqu'il s'agit d'un droit créé et non d'un droit transmis. La délivrance résultera de l'exercice que vous ferez de votre droit de servitude avec mon consentement.

514. Tels sont les modes de délivrance les plus usités. Mais nous

avons déjà laissé pressentir qu'il y en a d'autres; les dispositions de la loi sur ce point ne sont nullement limitatives. Ainsi la délivrance peut résulter de l'apposition, faite du consentement du vendeur, de la marque de l'acheteur sur la chose vendue, une futaille par exemple. De même encore, la délivrance peut résulter d'un ordre de livraison, que le vendeur remet à l'acheteur, lorsque la chose se trouve dans un magasin dont la gestion est confiée à un employé.

Dans cette dernière hypothèse et dans quelques autres, la délivrance aura mis la chose en la *puissance* de l'acheteur, mais non en sa possession réelle et effective. Cette observation est importante au point de vue de l'application de l'art. 1141 duquel il résulte qu'entre deux acquéreurs successifs du même objet mobilier corporel, on préfère celui qui le premier en a été mis en possession *réelle,* alors même que son titre serait postérieur en date, pourvu que sa possession soit de bonne foi. Ainsi j'ai vendu le même objet mobilier corporel à deux personnes successivement, et, cet objet se trouvant dans un magasin dont j'ai confié la gestion à un employé, j'ai donné à chaque acheteur un ordre de livraison. Si le deuxième acheteur, plus diligent que le premier, se fait livrer la chose et se met ainsi en possession réelle, il sera préféré, pourvu qu'il soit de bonne foi, au premier acheteur, bien que le titre de celui-ci et l'ordre de livraison qui lui a été délivré soient antérieurs en date.

II. *Des frais de la délivrance.*

515. « *Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux* » *de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation* » *contraire* » (art 1608). La délivrance étant une obligation du vendeur, il doit naturellement supporter les frais qu'elle entraîne, notamment les frais de mesurage et de pesage. Les frais d'emballage, de chargement, de transport et les droits de douane font partie des frais d'enlèvement, que la loi met à la charge de l'acheteur.

III. *Du lieu où doit se faire la délivrance.*

516. « *La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la* » *vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu* » (art. 1609). De droit la chose vendue est *quérable :* ce qui signifie que l'acheteur doit venir la *quérir* ou chercher. Elle n'est pas *portable,* c'est-à-dire que le vendeur n'est pas obligé de la transporter chez l'acheteur. Le tout sauf stipulation contraire.

IV. *A quelle époque la délivrance doit être faite.*

517. La délivrance doit être faite à l'époque fixée par la convention des parties ; elle doit avoir lieu immédiatement, si la convention ne détermine aucun délai.

Et toutefois, dans ce dernier cas, l'acquéreur ne peut exiger la livraison qu'à la condition de payer son prix. « *Le vendeur n'est pas* » *tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix, et que le* » *vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement* », dit l'art.

1612. La faculté qui appartient ainsi au vendeur, de retenir la chose vendue *quodam pignoris jure* jusqu'au paiement du prix, est connue dans la doctrine sous le nom de *droit de rétention*. Sa base est l'équité, qui ne permet pas que, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties puisse exiger l'exécution des obligations que le contrat fait naître en sa faveur, sans offrir l'exécution des obligations corrélatives que ce même contrat lui impose. Le vendeur peut donc dire à l'acheteur : « J'exécuterai la convention, quand vous serez prêt à l'exécuter vous-même ».

Pour pouvoir exiger la délivrance, l'acheteur doit offrir le paiement intégral de son prix.

Le vendeur renonce tacitement à son droit de rétention, quand il accorde à l'acheteur un délai pour le paiement du prix, sans en stipuler un pour la délivrance. En pareil cas, le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, *fidem emptoris secutus est;* il ne peut donc plus refuser la délivrance sur ce fondement que l'acheteur ne paie pas le prix. Mais le terme de grâce, que l'acheteur aurait obtenu de la justice pour le paiement de son prix, ne priverait pas le vendeur de son droit de rétention. La concession de ce terme, à laquelle le vendeur est absolument étranger, ne saurait être considérée comme impliquant de sa part une renonciation à son droit de rétention. D'ailleurs la loi parle d'un terme que *le vendeur* a accordé pour le paiement (art. 1612).

La règle, que le vendeur ne peut plus exercer son droit de rétention quand il a accordé à l'acheteur un délai pour le paiement de son prix, souffre exception au cas où l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture depuis la vente. Le vendeur reprend alors l'exercice de son droit de rétention. L'art. 1613 dit à ce sujet : « *Il ne sera pas non* » *plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour* » *le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en* » *état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger* » *imminent de perdre le prix; à moins que l'acheteur ne lui donne cau-* » *tion de payer au terme* ». Le droit pour l'acheteur d'exiger la délivrance de la chose vendue avant le paiement de son prix est l'un des bénéfices du terme que le vendeur lui a concédé; il doit donc le perdre, comme tous les autres, par sa faillite ou sa déconfiture (arg. art. 1188). C'est ce que décide notre article, qui toutefois ajoute cette restriction : « à moins que l'acheteur ne... donne caution de payer au terme ». Le danger de perdre le prix disparaissant alors pour le vendeur, il n'y a plus de raison pour le dispenser de faire la livraison.

La loi parle du cas où l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture *depuis la vente*. Si donc l'acheteur était déjà en faillite ou en état de déconfiture *lors de la vente,* il profiterait du bénéfice du terme qui lui a été accordé, et pourrait exiger la livraison avant le paiement de son prix. Comment en effet l'ache-

teur pourrait-il PERDRE l'un des bénéfices du terme qui lui a été accordé, par suite d'un fait antérieur à la concession de ce terme? Ici le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, malgré sa faillite ou son état de déconfiture; il doit en subir les conséquences. A moins cependant qu'il n'établisse l'existence d'un dol pratiqué contre lui pour l'induire en erreur sur la situation de l'acheteur.

A l'acheteur qui tombe en faillite ou en déconfiture depuis la vente, il faut assimiler celui qui diminue par son fait les sûretés données par le contrat au vendeur et moyennant lesquelles celui-ci lui a concédé un terme pour le paiement du prix. L'un comme l'autre serait donc privé du droit d'exiger la délivrance avant le paiement du prix, parce qu'ils perdent l'un et l'autre le bénéfice du terme (art. 1188).

Mais le vendeur, qui aurait accordé un terme à l'acheteur pour le paiement du prix, ne pourrait pas lui refuser la délivrance, sur le fondement de simples craintes qu'il viendrait à concevoir au sujet de sa solvabilité. Ce point est constant en jurisprudence.

518. Aux termes de l'art. 1610 : *Si le vendeur manque à faire la » délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, » à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en pos- » session, si le retard ne vient que du fait du vendeur* ». Ainsi, lorsque le vendeur a laissé passer le délai fixé par la convention sans effectuer la délivrance, l'acheteur peut, après l'avoir mis en demeure, s'adresser à la justice et demander à son choix soit la résolution de la vente, soit sa mise en possession. Dans l'un comme dans l'autre cas, le juge peut, suivant les circonstances, accorder au vendeur un délai pour effectuer la délivrance (arg. art. 1184 et 1244). Le jugement, qui, sur la demande de l'acheteur, a ordonné sa mise en possession, peut, en cas de résistance du vendeur, être exécuté *manu militari*.

Que l'acheteur demande la résolution de la vente ou sa mise en possession, il peut en outre réclamer, s'il y a lieu, des dommages et intérêts. « *Dans tous les cas, le vendeur doit être condamné aux dommages et » intérêts, s'il résulte un préjudice pour l'acquéreur, du défaut de déli- » vrance au terme convenu* ». (art. 1611). Toutefois, l'acheteur n'aurait pas droit à des dommages et intérêts, si le défaut de délivrance dans le délai fixé était le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure; il ne pourrait même pas dans ce cas demander la résolution de la vente.

Les art. 1610 et 1611 ne sont, on le voit, qu'une application du principe écrit en l'art. 1184. Cpr. Cass., 20 octobre 1886, Sir., 87. 1. 24.

V. *En quel état la chose vendue doit être délivrée.*

519. Le vendeur n'a pas le droit de changer par son fait, dans l'intervalle qui s'écoule entre la vente et la tradition, l'état dans lequel la chose se trouvait lors du contrat; car c'est en considération de cet état que l'acheteur a traité. C'est là tout ce que signifie l'art. 1614 al. 1, qui dispose que « *La chose doit être délivrée en l'état où elle se » trouve au moment de la vente* ». Mais la loi n'entend pas dire que les changements, qui se produiraient dans l'état de la chose indépendam-

ment du fait du vendeur, ne devraient ni nuire ni profiter à l'acheteur. Il est incontestable au contraire que l'acheteur subirait les conséquences des cas fortuits postérieurs à la vente, qui feraient périr la chose ou qui la détérioreraient, au moins quand le contrat est pur et simple ou à terme (arg. art. 1138 et 1583); de même qu'en sens inverse il profiterait des augmentations de valeur résultant d'une cause étrangère au fait du vendeur, par exemple de l'alluvion. Cpr. t. II, n. 882.

520. L'alinéa 2 de l'art. 1614 formule une autre conséquence du principe que l'acheteur est propriétaire dès l'instant de la vente : « *Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur* ». Cpr. art. 547. — La règle s'applique à tous les fruits, de quelque nature qu'ils soient, naturels, industriels ou civils. En ce qui concerne les fruits industriels pendants lors de la vente, l'acheteur n'aura jamais d'indemnité à payer au vendeur, à raison des frais qu'il a pu faire pour mettre la chose en état de les produire : on a tenu compte évidemment de la valeur de ces fruits dans la fixation du prix. Quant aux fruits civils, comme ils s'acquièrent jour par jour (art. 586), ils courent au profit de l'acheteur à partir de la vente.

L'art. 1614 al. 2 étant conçu dans les termes les plus généraux, on doit en conclure que l'acheteur a droit aux fruits à compter de la vente, même quand le vendeur a pris un délai pour la délivrance ; le tout pourvu que le contraire n'ait pas été expressément ou tacitement convenu. Ainsi il est bien clair que, si le vendeur a stipulé qu'il ne délivrerait qu'après la récolte, il a entendu se réserver le droit de faire la récolte.

* En supposant une vente faite sous condition suspensive, à qui appartiendront les fruits perçus *pendente conditione ?* La rigueur des principes conduirait à décider que, si la condition se réalise, ces fruits appartiendront à l'acheteur, et que par suite le vendeur qui les a perçus devra les lui rendre. En revanche, l'acheteur devrait tenir compte au vendeur des intérêts du prix de la vente depuis l'époque où elle a été conclue jusqu'à la réalisation de la condition. Arg. art. 1179. Cependant la plupart des auteurs décident que les fruits perçus par le vendeur *pendente conditione* doivent se compenser avec les intérêts du prix, et il est certain que, dans la plupart des cas, cette solution sera conforme à la volonté des parties contractantes, qui doit avant tout être respectée.

521. Enfin, aux termes de l'art. 1615 : « *L'obligation de délivrer la* » *chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage* » *perpétuel* ». Ainsi, l'obligation de délivrer un fonds de terre entraîne pour le vendeur l'obligation de délivrer avec lui ses accessoires réputés immeubles, c'est-à-dire les immeubles par destination. De même le vendeur d'une pendule devra délivrer avec elle le socle, le globe et la clef, etc.

§ II. *Particularités relatives à la délivrance, au cas de vente avec indication de contenance.*

522. « *Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est* » *portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées* » (art. 1616). Tel est le principe. La généralité des termes dans lesquels il est conçu le rend applicable aux ventes de meubles comme aux ventes d'immeubles. Au contraire, les dispositions des articles qui suivent ne s'appliquent qu'aux ventes d'*immeubles*. Ils établissent un ensemble de règles destinées à trancher les nombreuses difficultés, auxquelles ces ventes donnent lieu dans la pratique lorsqu'elles sont faites avec indication de contenance. Deux hypothèses doivent être distinguées.

523. Première hypothèse. *Vente d'un immeuble déterminé, faite avec indication de contenance et à raison de tant la mesure.* Exemple : Je vous vends mon domaine de N., qui contient vingt hectares, à raison de 1,000 fr. l'hectare; peu importe qu'on ait ou non ajouté que le prix total est de 20,000 fr. — En indiquant le prix de chaque mesure, les parties contractantes ont témoigné qu'elles attachaient une grande importance à la mesure, et qu'elles entendaient que le prix fût exactement proportionné à la quantité de mesures. La loi tient compte de cette intention des contractants pour déterminer les conséquences de l'erreur qui aurait été commise par le vendeur dans l'indication de la contenance. L'erreur peut exister en plus ou en moins ; la loi prévoit et règle les deux hypothèses.

524. A. *La contenance réelle est inférieure à la contenance indiquée.* — Ce cas est prévu par l'art. 1617, ainsi conçu : « *Si la vente d'un im-* » *meuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la* » *mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la* » *quantité indiquée au contrat ; — Et si la chose ne lui est pas possible,* » *ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une* » *diminution proportionnelle du prix* ». Ainsi, dans l'espèce proposée tout à l'heure, si l'immeuble vendu ne contient que dix-neuf hectares, l'acheteur pourra exiger que le vendeur complète la contenance indiquée, si cela lui est possible, c'est-à-dire s'il possède dans le voisinage un autre immeuble de la même nature, dont on puisse distraire un hectare ; et si la chose n'est pas possible, ou si l'acheteur ne l'exige pas, le prix sera réduit proportionnellement, c'est-à-dire de 1,000 fr. ; autrement, si le prix restait fixé à 20,000 fr., chaque hectare de terrain se trouverait vendu plus cher qu'il n'a été convenu.

On remarquera que l'acheteur a droit au complément de la contenance ou à une diminution proportionnelle du prix, quelque minime que soit le déficit. Ainsi, dans l'espèce proposée, si l'immeuble ne contient que dix-neuf hectares 99 ares, l'acheteur aura droit d'exiger un are de terrain ou une diminution de 10 fr. sur le prix.

525. B. *La contenance réelle est supérieure à la contenance déclarée.* — L'art. 1618 dit au sujet de cette hypothèse : « *Si, au contraire, dans » le cas de l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande » que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le sup- » plément du prix ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un ving- » tième au-dessus de la contenance déclarée* ». Supposons, en nous référant à l'espèce ci-dessus, que l'immeuble ait 21 hectares au lieu de 20; il y a par conséquent un excédent de contenance d'un vingtième. L'acheteur aura le choix, ou de se désister du contrat, ou de payer un supplément de prix de 1,000 fr., soit 21,000 fr. au lieu de 20,000.

La loi ne prévoit pas le cas où l'excédent de contenance est inférieur à un vingtième : par exemple, dans notre espèce, l'immeuble contient vingt hectares et demi au lieu de 20. Il est certain que l'acheteur n'aura pas le droit dans cette hypothèse de se désister du contrat (arg. art. 1618). Devra-t-il payer un supplément de prix proportionnel, soit 500 fr. dans l'espèce proposée? On l'admet généralement. La vente étant faite à tant la mesure, le prix doit être exactement en rapport avec le nombre des mesures. D'ailleurs s'il en était autrement, il n'y aurait pas de différence, lorsqu'il existe un excédent de contenance inférieur au vingtième, entre le cas où la vente a été faite avec indication de contenance et à raison de tant la mesure et celui où elle a été faite avec indication de contenance seulement (v. art. 1619 et 1620). — Quelques auteurs ont objecté que l'acquéreur pourra se trouver ainsi dans un grand embarras, obligé qu'il sera de payer une somme supérieure à celle qu'il a promise et qui représente peut-être tout son avoir. La réponse est que l'acheteur, ayant acheté à tant la mesure, a dû prévoir qu'il y aurait peut-être un léger excédent de contenance et par suite une augmentation proportionnelle du prix. D'ailleurs cette augmentation sera toujours relativement minime; en effet, si elle atteint le vingtième, l'acheteur jouit de la faculté de résiliation.

L'acheteur, qui peut se désister du contrat quand il y a un excédent de contenance d'un vingtième, a-t-il le même droit en présence d'un déficit égal au vingtième ou supérieur? Ainsi, dans l'espèce proposée, l'immeuble vendu ne contient que 19 hectares, ou même 18, au lieu de 20; l'acheteur peut-il se désister du contrat? Non; car la loi ne lui donne pas ce droit (art. 1617). Cette solution d'ailleurs est fondée en raison; en effet, si l'acheteur peut se trouver dans l'impossibilité de payer un prix sensiblement supérieur à celui sur lequel il a compté, rien ne lui est plus facile que de payer un prix inférieur.

Il y a cependant un cas dans lequel on admet que l'acheteur pourrait se désister du contrat, à raison d'un déficit dans la contenance : c'est celui où il démontrerait que le nombre de mesures indiqué lui est absolument nécessaire pour remplir le but en vue duquel il a fait l'acquisition, surtout si cette circonstance était connue du vendeur. Tel serait le cas où le terrain acheté serait destiné à la construction d'une usine, qui exige une superficie égale à celle indiquée dans le contrat.

526. Cette circonstance, qu'un immeuble a été vendu avec indication de contenance et à raison de tant la mesure, n'empêche pas la vente d'être parfaite immédiatement soit au point de vue du transport de la propriété, soit au point de vue des risques. Le prix, il est vrai, peut subir certaines modifications, s'il est constaté que l'indication de la contenance faite par le vendeur est inexacte; mais cette éventualité n'empêche pas le prix d'être fixé, sauf rectification. Et, comme d'autre part la chose vendue est parfaitement déterminée, il en résulte que nous avons tous les éléments nécessaires à la perfection de la vente, *consensus, res, pretium.* L'art. 1622, qui

parle de la RÉSILIATION *du contrat,* confirme cette solution ; car on ne résilie qu'un contrat parfait.

Le même résultat ne se produirait pas dans les deux hypothèses suivantes, qui sont restées l'une et l'autre en dehors des prévisions du législateur.

1° Vente d'un certain nombre de mesures, à prendre dans un terrain plus grand, à raison de tant la mesure ou moyennant un prix fixe. Exemple : Je vous vends 10 hectares de terre, à prendre dans mon marais de N., à raison de 1,000 fr. l'hectare, ou pour 10,000 fr. La chose vendue ne pourra être déterminée, et par suite la vente ne deviendra parfaite, soit au point de vue du transport de la propriété, soit au point de vue des risques, que par le mesurage.

2° Vente de tel immeuble, sans indication de contenance, à raison de tant la mesure. Ici la chose est bien déterminée; mais le prix ne sera fixé qu'après le mesurage, car il dépend du nombre de mesures. Jusque-là donc la vente ne sera pas parfaite : la propriété restera sur la tête du vendeur, et les risques seront pour son compte.

527. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Vente d'un immeuble ou d'un corps de biens avec indication de contenance, mais pour un prix fixe, et non à raison de tant la mesure.* Ici les parties n'ayant pas fixé un prix pour chaque mesure, ont dû attacher beaucoup moins d'importance que dans l'hypothèse précédente à la déclaration de contenance; aussi la loi décide-t-elle que l'inexactitude de cette déclaration ne pourra donner lieu à réclamation, soit de la part du vendeur, soit de la part de l'acheteur, qu'autant qu'il y aura dans la contenance réelle un déficit ou un excédent représentant EN VALEUR la vingtième partie au moins du prix total moyennant lequel la vente a été faite.

C'est ce qui résulte de l'art. 1619, ainsi conçu : « *Dans tous les autres » cas, — Soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité, — Soit » qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés, — Soit qu'elle com- » mence par la mesure, ou par la désignation de l'objet vendu suivie de » la mesure, — L'expression de cette mesure ne donne lieu à aucun sup- » plément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédant de mesure, ni » en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution de prix pour moindre » mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée » au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur » de la totalité des objets vendus, s'il n'y a stipulation contraire* ».

Et l'art. 1620 ajoute : « *Dans le cas où, suivant l'article précédent, il » y a lieu à augmentation de prix pour excédant de mesure, l'acquéreur » a le choix ou de se désister du contrat ou de fournir le supplément du » prix, et ce, avec les intérêts, s'il a gardé l'immeuble* ».

528. Voici quelques espèces qui éclairciront ces dispositions.

1° Je vous vends un immeuble, que je déclare contenir 20 hectares, pour 20,000 fr. Cette hypothèse est prévue par ces mots de l'art. 1619 : *vente... d'un corps certain et limité.* Si la contenance réelle se trouve être de 19 hectares et quelques centiares, ou de 20 hectares 99 ares, l'excédent ou le déficit n'atteignant pas un vingtième, il ne pourra y avoir lieu à aucune réclamation. S'il y a 19 hectares seulement ou 18,

le prix sera réduit à 19,000 ou 18,000 fr. S'il y a 21 hectares, l'acheteur devra payer 21,000 fr., sauf à user de la faculté de résiliation que lui accorde l'art. 1620.

2° Je vous vends un corps de biens, comprenant un pré que je déclare contenir dix hectares, et une terre labourable que je déclare contenir dix hectares également; le tout moyennant la somme de 20,000 fr. Ce cas est prévu par ces mots de l'art. 1619 : *soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés.* Le pré vaut par hypothèse 1,500 fr. l'hectare, la terre labourable 500 fr. seulement.

Supposons que la contenance du pré soit égale à celle qui a été déclarée; mais il manque un hectare de terre labourable. Cet hectare de terre labourable représente bien un vingtième de la contenance totale des biens vendus; mais il ne représente qu'un quarantième de leur valeur (500 × 40 = 20,000). L'acheteur n'aura droit à aucune déduction sur le prix, de même qu'en sens inverse il ne serait tenu de payer aucune augmentation pour un excédent d'un hectare sur la terre labourable.

Si l'on suppose au contraire qu'il manque 75 ares de prairie, la contenance réelle de la terre labourable étant égale à celle que le vendeur a déclarée, bien que ces 75 ares représentent moins du vingtième de la contenance totale (ce vingtième est d'un hectare), comme ils représentent, à raison de 1,500 fr. l'hectare, une somme de 1,125 fr., supérieure au vingtième du prix total (ce vingtième est de 1,000 fr.), l'acheteur pourra demander une diminution de 1,125 fr. sur le prix; de même qu'en sens inverse il devrait subir une augmentation de 1,125 fr. s'il y avait 75 ares de prairie en plus, sauf la faculté de résiliation que lui accorde l'art. 1620.

On le comprend d'ailleurs, pour que le vingtième de la contenance ne corresponde pas exactement au vingtième de la valeur, il faut que la contenance de chacun des fonds, ou de chacune des parties du fonds, ait été indiquée séparément; car, si la contenance totale avait été indiquée en bloc, le vingtième de la valeur se confondrait nécessairement avec le vingtième de la contenance. Ainsi, en modifiant un peu l'espèce précédente, je vous ai vendu un pré et une terre labourable *d'une contenance totale de* 20 *hectares* moyennant 20,000 fr.; la contenance réelle se trouve n'être que de 19 hectares au lieu de 20. Comment dire si c'est un hectare de pré ou un hectare de terre labourable qui manque? On n'en sait rien; il faut donc imputer le déficit proportionnellement sur chaque fonds : ce qui revient à dire que le vingtième de la valeur se confond avec le vingtième de la contenance. Cass., 25 mars 1884, Sir., 85. 1. 155.

En donnant la solution que nous venons de développer, l'art. 1619 a fait cesser les nombreuses controverses que cette matière avait suscitées dans notre ancien droit, et supprimé les distinctions subtiles à l'aide desquelles on avait tenté de les résoudre. Ainsi on se préoccupait beaucoup de savoir si l'indication de la mesure précédait ou suivait la désignation de l'objet vendu; on voyait une différence entre cette formule : *vingt arpents de terre, composant le domaine de N.,* et cette autre : *le domaine de N. composé de vingt arpents de terre.* Les parties, disait-on, ont dû attacher plus d'importance à l'exactitude de la mesure, quand elles ont commencé par l'indication du nombre des mesures. Notre article supprime cette distinction plus subtile que juste par ces mots : « Soit qu'elle commence par la mesure, ou par » la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure ». D'autre part, on obligeait toujours le vendeur à fournir la contenance déclarée, à moins qu'il n'eût dit ou ENVIRON; et, quand il avait employé cette formule dubitative, on lui donnait effet pour un trentième. On peut voir que notre article considère les mots *ou environ* comme sous-entendus, et donne effet à cette restriction mentale jusqu'à concurrence d'un vingtième.

Dispositions générales applicables à toutes les ventes d'immeubles faites avec indication de contenance.

529. I. « *S'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un* » *seul et même prix, avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il* » *se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on fait com-* » *pensation jusqu'à due concurrence; et l'action, soit en supplément,* » *soit en diminution du prix, n'a lieu que suivant les règles ci-dessus* » *établies* » (art. 1623).

La loi suppose que deux (ou plusieurs) fonds ont été vendus pour un seul et même prix et avec indication de la mesure de chacun. Il se trouve que l'un des fonds a une contenance supérieure à celle indiquée, et l'autre une contenance inférieure. On établira la compensation entre la *valeur* de l'excédent et celle du déficit, et, cette compensation faite, on appliquera les art. 1617 à 1620. Exemple : Je vous vends mon pré, que je déclare contenir dix hectares, et ma terre labourable, à laquelle j'assigne une contenance de dix hectares également, moyennant une somme de 20,000 fr.: le pré vaut par hypothèse 1,500 fr. l'hectare, la terre labourable 500 fr. Il se trouve que le pré ne contient que neuf hectares, mais en revanche la terre labourable a douze hectares de superficie. On dira : L'hectare de pré qui manque vaut 1,500 fr.; les deux hectares de terre qui sont en plus valent 1,000 fr. Compensation faite de la valeur de l'excédent et de celle du déficit, il reste un déficit de 500 fr. Ce déficit n'étant pas égal au vingtième du prix total, l'acheteur n'a pas le droit de critiquer la vente et doit payer intégralement son prix (art. 1619).

II. « *Dans tous les cas où l'acquéreur a le droit de se désister du con-* » *trat, le vendeur est tenu de lui restituer, outre le prix, s'il l'a reçu, les* » *frais de ce contrat* » (art. 1621). L'acheteur peut en outre exiger des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

III. L'acheteur, qui, ayant le droit de se désister du contrat, préfère payer un supplément de prix, ou qui se trouve obligé de payer ce supplément dans l'hypothèse prévue par l'art. 1618 (*supra* n. 525), doit les intérêts du supplément à dater du jour où il doit les intérêts du prix; car le supplément fait partie du prix. Arg. art. 1620 *in fine.*

IV. Les actions, auxquelles peut donner lieu, soit au profit du vendeur, soit au profit de l'acheteur, l'inexactitude, de l'indication dans la contenance, doivent, à peine de déchéance, être intentées dans un bref délai, que l'art 1622 fixe en ces termes : « *L'action en supplément de* » *prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en rési-* » *liation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans* » *l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance* ». La loi suppose sans doute que l'erreur, qui donne lieu à ces diverses actions, est de nature à être promptement reconnue, et d'ailleurs il importe de ne pas prolonger l'incertitude de la propriété.

530. Observation. — Les parties peuvent, par des stipulations particulières, régler autrement que ne le fait la loi les conséquences de l'inexactitude d'une déclaration de contenance faite par le vendeur. L'art. 1619 *in fine* le dit pour un cas particulier, et on ne verrait aucun motif pour ne pas généraliser sa disposition.

531. Notre section se termine par un article de renvoi : « *La question de savoir* » *sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration* » *de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au* » *titre* des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général » (art. 1624).

SECTION III

DE LA GARANTIE

532. « Garantir, dit Demante, c'est assurer sous sa responsabilité personnelle l'exécution d'une promesse. L'obligation de garantie consiste à préserver du préjudice, si cela est possible, ou autrement à en dédommager ».

Le vendeur doit garantir à l'acheteur : 1° la paisible possession de la chose vendue; 2° l'absence des défauts cachés connus sous le nom de *vices rédhibitoires*. C'est ce que dit en termes assez peu nets l'art. 1625, ainsi conçu : « *La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur, a* » *deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue;* » *le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires* ». Le législateur va successivement s'occuper de ces deux chefs de la garantie dans deux paragraphes distincts.

§ I. *De la garantie en cas d'éviction.*

533. Le premier chef de la garantie consiste en ce que le vendeur doit procurer à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue. De là l'obligation pour le vendeur de garantir l'acheteur des *évictions* et même des *troubles* qu'il pourrait subir, au moins lorsque ces évictions ou ces troubles ont une cause antérieure à la vente.

La garantie de la paisible possession est *de la nature* de la vente : ce qui signifie qu'elle est de droit, *tacite venit, tacite inest*. Une stipulation spéciale n'est pas nécessaire pour que l'acheteur ait droit à cette garantie; elle lui est due en vertu des seules dispositions de la loi, qui, se faisant sur ce point l'interprète de la volonté des parties, détermine l'étendue des obligations qu'elle engendre à la charge du vendeur. Mais les dispositions du code civil sur ce point ne s'imposent pas aux parties. Libre à elles de les modifier soit dans le sens de la sévérité, soit dans celui de l'indulgence, et même de les répudier en convenant que le vendeur ne devra pas de garantie. — La garantie, dont le vendeur est tenu en l'absence de toute stipulation particulière, porte le nom de *garantie de droit*. Au contraire on appelle *garantie de fait* celle qui a sa source dans une convention particulière. Nous traiterons de ces deux espèces de garanties dans deux numéros distincts.

N° 1. De la garantie de droit.

I. *Objet de cette garantie.*

534. Aux termes de l'art. 1626 : « *Quoique lors de la vente il n'ait* » *été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de* » *droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité* » *ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et* » *non déclarées lors de la vente* ».

Bien que la loi ne parle que de l'*éviction,* le vendeur est aussi garant envers l'acheteur des *troubles* que celui-ci pourrait subir dans sa possession. Ce sont là deux points qu'il faut examiner successivement. Quant aux charges prétendues sur l'objet vendu, elles constituent, comme nous le verrons plus tard, un cas d'éviction partielle.

A. *De l'éviction.*

535. L'*éviction* est le résultat d'une victoire judiciaire remportée contre l'acheteur. *Evincere est vincendo in judicio aliquid auferre.* Pothier ne fait que traduire cette définition de la loi romaine, lorsqu'il dit : « L'éviction est le délaissement qu'on oblige quelqu'un de faire en vertu d'une sentence qui l'y condamne ». Ainsi je vous ai vendu un immeuble; un tiers revendique cet immeuble contre vous; il obtient un jugement, qui l'en déclare propriétaire et vous condamne à le délaisser. Vous êtes évincé.

Mais, ainsi que Pothier le reconnaît lui-même, le sens du mot *éviction* est bien plus large. En effet l'acheteur doit encore être considéré comme évincé : 1° s'il a délaissé la chose vendue, sans attendre une condamnation judiciaire que l'évidence du droit du revendiquant rendait certaine; 2° s'il conserve la chose vendue, mais à un titre autre que celui d'acheteur, par exemple comme héritier du véritable propriétaire; 3° si, étant poursuivi par des créanciers armés d'une hypothèque antérieure à la vente, il a été obligé de payer ces créanciers pour éviter l'expropriation.

Remarquons enfin que la loi assimile à l'éviction le cas où des servitudes actives déclarées par le vendeur n'existent pas, et celui où la chose est grevée de servitudes passives non apparentes que le vendeur n'a pas déclarées ou de servitudes apparentes qu'il a déclaré ne pas exister.

B. *Du trouble.*

536. Le *trouble* est un précurseur de l'éviction, et c'est pour cela que le vendeur en est garant, comme de l'éviction elle-même. L'art. 1626 ne le dit pas; mais l'art. 1625 le donne à entendre, quand il déclare que le vendeur doit garantir à l'acheteur la possession *paisi-*

ble de la chose vendue; or une possession troublée n'est pas une possession paisible.

Il ne s'agit d'ailleurs ici que du trouble *de droit,* c'est-à-dire du trouble qui a sa source dans un droit qu'un tiers prétend avoir sur la chose vendue. Le trouble de droit se traduit par une action judiciaire exercée contre l'acheteur, une action en revendication par exemple. Le vendeur ne doit aucune garantie à l'acheteur à raison du trouble *de fait,* c'est-à-dire de celui dont l'auteur ne prétend avoir aucun droit sur la chose : ainsi le vendeur n'est pas responsable des déprédations commises par des maraudeurs à une époque voisine de la récolte. La loi consacre, en matière de louage, la distinction entre le trouble de droit et le trouble de fait (art. 1725-1726), et il est hors de doute qu'elle doit aussi être admise en matière de vente.

537. L'éviction ou le trouble ne donne lieu à garantie que lorsque la cause en est antérieure à la vente, comme il arrivera par exemple si l'acheteur d'un immeuble est évincé par un tiers qui en était déjà devenu propriétaire par la prescription au moment de la vente. Les troubles ou évictions dont la cause est postérieure à la vente, constituent des cas fortuits ou de force majeure, dont le vendeur ne saurait être responsable, les risques étant au compte de l'acheteur à dater de la vente. Ainsi une partie du terrain vendu est emportée par la violence du fleuve riverain, ou bien l'acheteur est exproprié pour cause d'utilité publique, ou bien encore son éviction résulte du *fait du prince,* c'est-à-dire d'un changement de législation ou d'un acte arbitraire du pouvoir exécutif. Ces divers faits ne donneront pas lieu à la garantie au profit de l'acheteur.

Le vendeur serait cependant responsable des troubles et évictions dont la cause est postérieure à la vente, si cette cause lui était imputable. Ainsi, après vous avoir vendu un immeuble je le vends de nouveau à Paul, qui remplit le premier la formalité de la transcription. Evidemment je serai garant de l'éviction que Paul vous fera subir, bien qu'elle ait une cause postérieure à la vente que je vous ai consentie.

* Il ne paraît guère douteux, bien que le contraire ait été jugé, que l'éviction de l'acheteur donne lieu à la garantie, lorsqu'elle est le résultat d'une surenchère exercée par un créancier hypothécaire conformément à l'art. 2185. En effet la surenchère ne peut être formée que par un créancier ayant une hypothèque régulièrement inscrite à une époque antérieure à la transcription de la vente; l'éviction de l'acheteur a donc nécessairement ici une cause antérieure à la vente, ou une cause postérieure imputable au vendeur.

* En est-il de même, si l'éviction résulte d'une prescription commencée avant la vente et achevée depuis ? Non, en principe; car dans ce cas, l'éviction a une cause postérieure à la vente : l'acheteur est devenu propriétaire, et il aurait pu conserver son droit de propriété en interrompant la prescription; il subit donc l'éviction par

sa faute, et le vendeur n'en saurait être responsable. Tout au plus pourrait-on accorder à l'acheteur le droit d'agir en garantie contre le vendeur dans le cas où la prescription se serait accomplie à une époque tellement rapprochée de la vente que l'acheteur n'aurait pas eu le temps moralement nécessaire pour l'interrompre. Il serait peut-être vrai de dire alors que, bien que l'éviction ait une cause postérieure à la vente, elle résulte cependant du fait du vendeur, qui, vendant à la veille de la prescription, aurait dû l'interrompre lui-même pour conjurer le péril imminent dont l'acheteur était menacé.

* **538.** L'adjudication sur expropriation forcée donne-t-elle lieu à la garantie au profit de l'adjudicataire? La loi considère l'expropriation forcée comme une vente : de nombreux articles du chapitre qui est le siège de la matière lui donnent ce nom (v. notamment art. 2205, 2206, 2209 à 2211, 2213); en outre l'art. 1596 assimile l'adjudicataire à un acheteur. Si l'expropriation forcée est une vente, elle doit donner lieu à la garantie. Contre qui? Il s'agit de savoir qui est vendeur; car c'est le vendeur qui doit la garantie. Ce n'est pas le saisissant, quoiqu'on trouve des décisions judiciaires en ce sens; encore moins la justice : le saisissant n'est que le provocateur de la vente, la justice, l'exécuteur. Le vendeur ne peut donc être que le saisi; c'est lui par suite qui doit la garantie. On objecte que la vente suppose le consentement du propriétaire, que par suite le saisi ne peut pas être considéré comme vendeur, puisque la vente a lieu contre son gré; certes il ne demanderait pas mieux que de conserver son bien! — Sans doute; mais le consentement du saisi est suppléé par l'intervention de la justice : il est vendeur, seulement il ne vend pas volontairement. Le saisi devra donc la garantie, et, dans le silence des textes, on doit décider qu'il la devra suivant les termes du droit commun. Quand la loi veut déroger au droit commun en ce qui concerne les ventes judiciaires, elle le dit (v. notamment art. 1649 et 1684). Les obligations du saisi en qualité de garant seront donc celles d'un vendeur ordinaire; par conséquent, quoi qu'on en ait dit, il sera tenu des dommages et intérêts, aussi bien que de la restitution du prix. En effet le saisi, qui laisse vendre comme sien le bien dont l'expropriation est poursuivie contre lui, se procure le même bénéfice que s'il avait vendu volontairement, puisque le prix est employé à payer ses créanciers, et cause à l'acheteur le même détriment. Il doit donc indemniser l'acheteur du préjudice qu'il lui a fait subir par sa faute (Lyon, 6 mars 1878, Sir., 78. 2. 201). Il y aurait toutefois exception à cette règle, si le saisi avait déclaré, lors de la sommation qui doit lui être adressée aux termes de l'art. 691 C. pr., qu'il n'était pas propriétaire du bien saisi ou que sa propriété était grevée de certaines servitudes occultes.

Nous pensons même que, si l'adjudicataire évincé a payé le prix d'adjudication entre les mains des créanciers saisissants, il a le droit de le répéter. La vente étant anéantie par l'éviction, l'adjudicataire n'a jamais été débiteur du prix; ce qu'il a payé aux créanciers, il l'a donc payé indûment, et en conséquence il a le droit de le répéter par la *condictio indebiti* (art. 1377). Alger, 2 janvier 1883, Sir., 84. 2. 17.

Indépendamment du recours en garantie qui lui appartient contre le saisi, l'adjudicataire évincé pourrait avoir une action en dommages et intérêts contre le saisissant, si celui-ci avait commis quelque faute de nature à engager sa responsabilité (arg. art. 1382) : par exemple s'il avait compris dans la saisie des biens n'appartenant pas au saisi, et sur lesquels celui-ci n'avait accompli aucun acte de nature à faire présumer qu'il en était propriétaire. V. l'arrêt précité.

539. Le vendeur doit la garantie, non seulement à l'acheteur, mais à tous ses ayant cause. Nous ne parlons pas des ayant cause à titre universel (héritiers, donataires ou légataires universels), au sujet desquels aucun doute ne saurait naître dans l'esprit, mais bien des ayant

cause à titre particulier, tels qu'acheteurs, coéchangistes... Ainsi je vous vends un immeuble; vous le revendez à Paul; je devrai la garantie, non seulement à vous, mais encore à Paul, votre acquéreur. Et remarquez que celui-ci peut agir directement contre moi; il n'est pas tenu d'agir de votre chef en vertu de l'art. 1166 : ce qui aurait pour résultat de l'obliger, le cas échéant, à subir le concours de vos autres créanciers. En effet, en revendant le bien que je vous ai moi-même vendu, vous l'avez transmis à votre acquéreur *cum omni causa,* c'est-à-dire avec tous les droits et actions que vous aviez relativement à ce bien; vous lui avez par conséquent cédé implicitement votre action en garantie contre moi, de sorte que cette action lui appartient; c'est un droit propre qu'il exerce contre moi. Cass., 12 novembre 1884, Sir. 86. 1. 149. Ce raisonnement s'applique à un sous-acquéreur à titre gratuit, aussi bien qu'à un sous-acquéreur à titre onéreux. En donnant la chose que je vous ai vendue, vous transmettez cette chose à votre donataire *cum omni causa*, aussi bien que si vous la lui aviez vendue. Votre donataire aura donc l'action en garantie contre moi : ce qui lui sera d'autant plus utile qu'il n'a pas d'action en garantie contre vous, en vertu de la règle *Donator de evictione non tenetur.* Pothier décidait le contraire; mais sa décision ne saurait être admise, les principes étant certains.

Faisant une juste application du principe qui vient d'être développé, la cour de cassation a décidé que l'acheteur, qui est privé du recours en garantie contre son vendeur par une stipulation formelle, n'en a pas moins le droit d'agir en garantie contre le vendeur de son vendeur.

II. *Des obligations qu'entraîne pour le vendeur la garantie de droit.*

540. Ces obligations sont au nombre de trois : — 1° le vendeur est tenu de l'obligation négative de ne pas troubler l'acheteur dans sa possession; 2° il est tenu de l'obligation positive de le défendre et de prendre son *fait et cause* s'il est attaqué; 3° enfin, si le vendeur ne peut pas parvenir à protéger efficacement l'acheteur, il doit l'indemniser du préjudice que lui cause l'éviction. Etudions successivement ces trois obligations.

1. *Obligation négative de ne pas troubler l'acheteur.*

541. Le vendeur est tenu de l'obligation négative de ne pas troubler l'acheteur dans sa possession. Obligé de faire cesser le trouble que des tiers apporteraient à la possession de l'acheteur, comment aurait-il le droit de le troubler lui-même ? Si le vendeur contrevient à cette obligation en accomplissant à l'égard de l'acheteur un acte qui tendrait à l'évincer, l'acheteur peut lui opposer l'exception de garantie. Tel est le sens de l'adage classique : *Quem de evictione tenet actio eum-*

dem agentem repellit exceptio, en français : *Qui doit garantir ne peut évincer.*

Le vendeur, qui tenterait d'évincer l'acheteur auquel il doit la garantie, élèverait une prétention aussi injustifiable que le magistrat qui prétendrait avoir le droit de commettre les délits qu'il a mission de réprimer. Précisément parce qu'il est chargé de la répression des délits, le magistrat est tenu plus rigoureusement que tout autre de s'en abstenir. Et on peut remarquer que tel est justement la situation du vendeur ; car il est tenu de s'abstenir à l'égard de l'acheteur de certains actes qu'un autre pourrait accomplir, et qui sont de nature à priver l'acheteur d'une partie des avantages sur lesquels il avait le droit de compter d'après la destination de la chose vendue. « C'est ainsi, disent MM. Aubry et Rau (4e édit., t. IV, p. 369), que le vendeur d'un fonds de commerce ne peut, du moins à une époque rapprochée de la vente, ouvrir dans le voisinage un établissement de même nature ». Cpr. Riom, 20 mars 1876, Sir., 77. 2. 50, Alger, 24 avril 1878, Sir., 78. 2. 243, et Paris, 9 novembre 1885, Sir., 86. 2. 54. « C'est ainsi encore que le vendeur d'un moulin ne peut, dans son intérêt privé, par exemple comme propriétaire de prairies riveraines, provoquer des mesures administratives tendant à faire réduire, au détriment de l'acheteur, la hauteur d'eau dont il jouissait lui-même de fait au moment de la vente ».

* **542.** L'obligation, qui sert de fondement à l'exception de garantie, est indivisible. En effet cette obligation est une obligation de ne pas faire : elle consiste à ne pas troubler l'acheteur dans sa possession. Or une obligation de ne pas faire est indivisible, quand le fait, dont le débiteur doit s'abstenir, sous peine de contrevenir à son obligation, n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle (art. 1217) ; et c'est bien ce qui arrive ici, car le fait de ne pas troubler l'acheteur dans sa possession n'est pas susceptible de division, alors même que la chose vendue serait divisible. La possession est paisible, ou elle ne l'est pas. Du moment que le vendeur trouble l'acheteur dans sa possession, même relativement à une fraction de la chose vendue, la possession de l'acheteur cesse d'être paisible. Le vendeur a contrevenu à son obligation, et il y a contrevenu pour le tout : il n'y a pas de milieu entre troubler l'acheteur et ne pas le troubler.

Si l'obligation qui sert de fondement à l'exception de garantie est indivisible, il en résulte nécessairement que l'exception de garantie est elle-même indivisible. Cette solution est acceptée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence.

Nous tirerons de là une grosse conséquence : c'est que l'exception de garantie peut être opposée pour le tout à un seul des héritiers purs et simples du vendeur, qui prétendrait troubler l'acheteur dans la possession, même d'une partie de la chose vendue. Ainsi j'ai deux fils, *Primus* et *Secundus;* je vous vends un immeuble qui appartient à l'un d'eux, *Primus;* puis je meurs, laissant pour héritiers mes deux enfants qui acceptent ma succession purement et simplement : *Primus,* propriétaire de l'immeuble que je vous ai vendu, revendique cet immeuble contre vous. Vous aurez le droit de lui opposer l'exception de garantie pour le tout. Si *Primus* objecte qu'étant héritier du vendeur pour la moitié seulement, il n'est tenu de l'obligation de garantie que dans cette mesure et que par suite l'exception de garantie ne peut lui être opposée que pour la moitié, ce qui lui permettrait de revendiquer utilement l'autre moitié de l'immeuble, vous lui répondrez : « L'obligation, qui sert de fondement à l'exception de garantie que je vous oppose, est indivisible ; car elle a pour objet un fait non susceptible de division, qui consiste à ne pas me troubler dans ma possession. Cette obligation étant indivisible, vous en êtes tenu pour le tout, aux termes de l'art 1223. Vous n'avez donc pas le droit de me troubler dans ma possession, même relativement à une partie de la chose vendue ; or c'est ce que vous faites en revendiquant contre moi la moitié de l'immeuble, et c'est ce

que j'ai la prétention de vous empêcher de faire en vous opposant l'exception de garantie ».

2. *Obligation positive de prendre le fait et cause de l'acheteur.*

543. Le vendeur est tenu de l'obligation positive de défendre l'acheteur, s'il est troublé dans sa possession par quelque réclamation judiciaire fondée sur une cause antérieure à la vente. Le vendeur est même tenu, si l'acheteur l'exige, de prendre le *fait et cause* de celui-ci, c'est-à-dire de se substituer à lui dans l'instance où il se trouve engagé, et de plaider en son lieu et place. En ce cas l'acheteur peut demander sa mise hors de cause (C. pr. art. 182).

L'acheteur, qui veut appeler son vendeur en cause comme garant, jouit du délai fixé par les art. 175 et suivants C. pr. Ces articles organisent l'exception *dilatoire* de garantie, qu'il ne faut pas confondre avec l'exception *civile* de garantie, dont nous avons parlé plus haut (n. 541) et que l'acheteur peut opposer au vendeur par application de la règle *Qui doit garantir ne peut évincer.* Cette dernière est un moyen de défense qui sert à faire repousser l'action du vendeur, tandis que la première tend seulement à obtenir un délai pour mettre le vendeur en cause.

C'est un droit pour l'acheteur d'appeler son vendeur en cause, quand il est troublé par quelque réclamation judiciaire de la nature de celles dont nous venons de parler; ce n'est pas une obligation. L'acheteur peut donc, s'il a confiance dans ses propres forces et dans la bonté de sa cause, soutenir seul la lutte, sauf au vendeur à intervenir s'il le juge à propos. Mais, en prenant ce parti, l'acheteur commet généralement une grave imprudence. En effet, outre qu'il demeure ainsi exposé à tous les ennuis et à tous les tourments de la lutte judiciaire dans laquelle il est engagé, sans parler des avances qu'il peut être forcé de faire pour les frais, il court le danger bien autrement grave, pour le cas où il ne sortirait pas vainqueur de lutte, de voir le vendeur, contre lequel il exercerait l'action en garantie *par voie principale,* lui opposer l'art. 1640, ainsi conçu : « *La garantie pour* » *cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par* » *un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable,* » *sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens* » *suffisants pour faire rejeter la demande* ».

En d'autres termes, l'acheteur, troublé dans sa possession par quelque réclamation judiciaire basée sur une cause antérieure à la vente, peut, sans attendre que l'éviction dont il est menacé constitue un fait accompli, appeler préventivement son vendeur en cause pour que celui-ci le défende, prenne son fait et cause et soit condamné à réparer le préjudice causé par l'éviction, s'il ne réussit pas à le con-

jurer. On dit alors que l'action en garantie de l'acheteur est exercée par voie *incidente,* parce que *incidit in litem.* Ce procédé a l'avantage de laisser au compte du vendeur les soucis, les frais et surtout les périls de la lutte. Ou bien l'acheteur peut, s'il le préfère, soutenir seul le débat, et, s'il succombe, s'il est vaincu *(victus, évincé),* agir contre son vendeur pour lui demander la réparation du préjudice causé par l'éviction. On dit alors que l'action en garantie est exercée par voie *principale,* parce qu'elle ne se rattache pas à une autre instance déjà liée. Le plus grave inconvénient de ce deuxième procédé est que l'acheteur assume toute la responsabilité de la direction du débat ; il s'expose en effet à ce que le vendeur, contre lequel il exercera plus tard l'action en garantie, vienne lui dire : Il ne tenait qu'à vous d'échapper à l'éviction ; il fallait me convier à la lutte, m'appeler en cause ; j'aurais facilement assuré votre triomphe, parce que j'avais des moyens péremptoires à proposer pour prouver l'inanité de la prétention de votre adversaire. Je ne saurais être responsable d'une éviction que vous subissez par votre faute. — Et remarquez toutefois que le vendeur ne sera pas quitte pour dire que l'acheteur s'est mal défendu, ce serait trop facile ; il devra le prouver. Cass., 14 avail 1885, Sir., 87. 1. 301.

544. De même que l'exception de garantie, l'action en garantie que l'acheteur exerce par voie incidente contre son vendeur est indivisible. Elle sert en effet de sanction à une obligation indivisible, l'obligation dont le vendeur est tenu de défendre l'acheteur, de prendre son fait et cause pour conjurer le danger d'éviction qui le menace, de plaider pour lui. Le vendeur défendra l'acheteur ou il ne le défendra pas ; il prendra son fait et cause ou il ne le prendra pas. Comprendrait-on que le vendeur défendît l'acheteur à moitié ou au tiers ? qu'il prît son fait et cause pour partie ? qu'il soutînt le tiers ou le quart du procès, fît valoir le tiers ou le quart d'un moyen ? En deux mots, le fait qui est ici l'objet de l'obligation du vendeur, défendre l'acheteur, n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle ; donc l'obligation qui a ce fait pour objet est indivisible, aux termes de l'art. 1217, et par suite on doit considérer comme indivisible aussi l'action qui a pour but de forcer le vendeur à l'exécution de cette obligation, c'est-à-dire l'action en garantie que l'acheteur exerce contre lui par voie incidente pour le mettre en cause. Il faut en conclure que, si le vendeur est mort, laissant plusieurs héritiers, l'action qui nous occupe pourra être exercée pour le tout contre un seul d'entre eux (art. 1223), sauf le droit qui appartiendrait à celui-ci d'appeler ses cohéritiers en cause conformément à l'art. 1225.

3. *Obligation de réparer le préjudice causé par l'éviction consommée.*

545. Si le vendeur ne parvient pas à faire cesser le trouble exercé contre l'acheteur et que l'éviction se réalise, alors le vendeur est tenu d'une nouvelle obligation complètement distincte de celle dont il vient d'être parlé, l'obligation de réparer le préjudice causé par l'éviction.

A la différence des deux précédentes, cette dernière obligation est parfaitement divisible, car elle a toujours pour objet une somme d'argent ; elle se diviserait donc

de plein droit entre les héritiers du vendeur ou ceux de l'acheteur (art. 1220). Cpr. Cass., 14 avril 1885, Sir., 87. 1. 301.

L'étendue de l'obligation dont il vient d'être parlé varie, suivant que l'acheteur a subi une éviction totale ou une éviction partielle.

A. *Eviction totale.*

546. « *Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé* » *à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a le droit de demander contre* » *le vendeur,* — 1° *La restitution du prix ;* — 2° *Celle des fruits, lorsqu'il* » *est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince ;* 3° *Les frais faits* » *sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le deman-* » *deur originaire ;* — 4° *Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les* » *frais et loyaux coûts du contrat* » (art. 1630).

Les diverses prestations, que le vendeur doit à l'acheteur évincé totalement, peuvent se réduire à deux, savoir : 1° la restitution du prix ; 2° des dommages et intérêts, ce qui comprend les prestations indiquées par les trois derniers numéros de notre article.

a. Restitution du prix.

547. Le vendeur, qui a reçu le prix de la vente, doit le restituer à l'acheteur évincé totalement, parce que ce prix est sans cause entre ses mains. L'acheteur se trouve en effet avoir payé ce prix en exécution d'une vente qui est nulle, parce qu'elle n'a pas pu lui transférer la propriété (art. 1599); il a donc payé ce qu'il ne devait pas, et il a le droit de le répéter par la *condictio indebiti* qui n'est qu'un cas particulier de la *condictio sine causa.*

Les menues prestations, connues sous le nom de *pots-de-vin* ou *épingles,* font partie du prix ; l'acheteur évincé serait donc fondé à en exiger la restitution, outre le prix principal.

548. L'acheteur évincé peut, comme on l'a vu plus haut, agir en garantie contre le vendeur de son vendeur ou même contre un précédent vendeur. Mais il ne peut jamais demander que la restitution du prix par lui payé, alors même que le vendeur auquel il s'attaque aurait reçu un prix supérieur.

549. C'est à titre de restitution, et non à titre de dommages et intérêts, que l'acheteur évincé a le droit de demander le remboursement de son prix. Aussi peut-il le réclamer intégralement, alors même que la chose se trouverait avoir au moment de l'éviction une valeur inférieure à ce prix. On n'en peut douter en lisant l'art. 1631, ainsi conçu : « *Lorsqu'à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de* » *valeur, ou considérablement détériorée, soit par la négligence de* » *l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est* » *pas moins tenu de restituer la totalité du prix* ».

— *Se trouve diminuée de valeur.* Cette formule comprend, dans sa généralité, même le cas où la chose aurait péri partiellement, comme il arriverait si une partie de la maison vendue avait été détruite par un incendie.

⇒ *Soit par la négligence de l'acheteur.* L'acheteur avait le droit d'être négligent au sujet d'une chose qu'il devait considérer comme sienne. *Qui quasi suam rem neglexit, nullius querelæ subjectus est.*

Le principe écrit en l'art. 1631 souffre toutefois une restriction que formule l'art. 1632 : « *Mais si l'acquéreur a tiré profit des dégradations* » *par lui faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale* » *à ce profit* ». Ainsi l'acheteur a démoli des constructions, faites par le vendeur lui-même sur le terrain vendu, et il a tiré profit des matériaux en les vendant ; le prix qu'il en a retiré viendra en déduction de la somme que doit lui restituer le vendeur.

Devraient venir aussi en déduction sur le prix à restituer à l'acheteur toutes les sommes qu'il a touchées par anticipation sur ce prix, par exemple la portion du prix qu'il s'est fait restituer par le vendeur, pour défaut de contenance (art. 1617 et 1619), ou le montant de ce qui lui a été payé par le propriétaire revendiquant pour améliorations faites par le vendeur.

b. Dommages et intérêts.

550. La restitution du prix ne suffit pas toujours pour indemniser l'acheteur du préjudice que l'éviction lui cause ; aussi la loi lui permet-elle de réclamer en outre des dommages et intérêts. Une condition toutefois est requise pour que l'acheteur ait droit à ces dommages et intérêts, c'est qu'il soit de bonne foi (art. 1599). Quant au vendeur, il importe peu qu'il soit ou non de bonne foi ; du moins sa bonne foi ne saurait le soustraire à l'obligation de payer des dommages et intérêts ; elle a seulement pour résultat d'amener quelques adoucissements dans leur évaluation, ainsi que nous le verrons bientôt.

Que comprennent les dommages et intérêts ? Toutes les prestations (autres que la restitution du prix) indiquées par l'art. 1630 et quelques autres encore. Ainsi les dommages et intérêts comprennent :

1° *L'indemnité des fruits, lorsque l'acheteur est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince* (art. 1630-2°).

Mais comment cela ? De deux choses l'une : ou l'acheteur est de bonne foi, ou il est de mauvaise foi. S'il est de bonne foi, il a fait les fruits siens (art. 549), et, n'ayant pas à les restituer au propriétaire qui l'évince, il n'aura de ce chef aucune réclamation à exercer contre son vendeur. Que si l'acheteur est de mauvaise foi, il sera bien obligé de restituer les fruits au propriétaire revendiquant ; mais, sa mauvaise foi le privant de tout droit à des dommages et intérêts (art. 1599), il ne pourra pas se faire indemniser par son vendeur du préjudice que cette restitution lui cause. Comment donc se fait-il que l'art. 1630-2° lui accorde ce droit ? Ne se met-il pas ainsi en contradiction flagrante avec l'art. 1599 ? — L'antinomie n'est qu'apparente. Pour que l'acheteur évincé ait droit aux dommages et intérêts que lui accorde l'art. 1599, il suffit qu'il ait été de bonne foi lors de la vente. Mais cela ne suffit plus pour que l'acheteur fasse les fruits siens et qu'il soit par suite dispensé de toute restitution de ce chef envers le propriétaire revendiquant ; il résulte en effet des art. 549 et 550 que le possesseur ne fait siens que les fruits qu'il *perçoit* de bonne foi ; il cesse donc de gagner les fruits lorsque sa bonne foi cesse. Cela posé, supposons que l'acheteur, qui était de bonne foi lors de la vente, vienne

plus tard à découvrir le vice de son titre ; cessant à dater de ce moment d'être de bonne foi, il cessera de faire les fruits siens, et en deviendra comptable envers le véritable propriétaire, mais sauf à s'en faire restituer la valeur par son vendeur sous forme de dommages et intérêts, par application de l'art. 1630-2°.

2° *Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire* (art. 1630-3°). Le véritable propriétaire intente contre l'acheteur l'action en revendication (c'est la demande originaire) ; l'acheteur exerce contre son vendeur l'action en garantie, soit par voie incidente, ce qui est plus prudent, soit par voie principale, l'éviction une fois consommée. Eh bien ! les frais faits sur l'une ou l'autre de ces deux demandes ne sont pas au compte de l'acheteur ; s'il a été forcé de les payer, il aura le droit de se les faire rembourser par son vendeur.

3° *Les frais et loyaux coûts du contrat* (art. 1630-4°) : ce qui comprend principalement les frais de timbre, les honoraires du notaire, les droits d'enregistrement et de transcription.

4° Si ces différentes prestations ne suffisent pas pour rendre l'acheteur complètement indemne, il sera fondé à réclamer au vendeur d'autres dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts pourront comprendre les prestations indiquées par l'art. 1633 d'une part et par les art. 1634 et 1635 d'autre part.

551. *a.* En premier lieu, nous lisons dans l'art. 1633 : « *Si la chose » vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indé- » pendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui » payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente* ». Ainsi l'immeuble vendu a augmenté de valeur depuis la vente, soit par suite d'une hausse générale du prix des biens de même nature, soit par suite de la création d'un chemin de fer dans le voisinage... Quelque considérable que soit cette augmentation de valeur, le vendeur en doit compte à l'acheteur.

La loi, on le voit, fait la part belle à l'acheteur. La chose a-t-elle diminué de valeur depuis la vente, même par son fait ou sa faute? il n'en a pas moins droit à la restitution intégrale du prix. A-t-elle augmenté de valeur? une indemnité lui est due pour la plus-value. Il devait en être ainsi ; car le vendeur est en faute, n'ayant pas rempli envers l'acheteur les obligations que le contrat lui imposait.

Mais que décider, si d'un côté la chose vendue a subi des diminutions et que de l'autre elle ait augmenté de valeur? Par exemple, le terrain vendu est riverain d'un fleuve ; un hectare de terre est envahi par les eaux, mais en revanche un autre hectare est ajouté par l'alluvion. L'acheteur pourra-t-il dire : « Malgré la perte partielle que l'immeuble a subie, je n'en ai pas moins droit à la restitution de la totalité du prix (art. 1631) ; et d'autre part, d'après l'art. 1633, j'ai droit à une indemnité pour la plus-value que l'immeuble a acquise par l'alluvion ». La seconde partie de la prétention de l'acheteur ne nous paraît pas admissible ; il y a lieu, croyons-nous,

d'établir une compensation entre la valeur de la partie périe et la valeur de la partie acquise par l'alluvion. L'acheteur en effet n'a droit à une indemnité qu'autant que la chose a « augmenté de prix » (art. 1633); or, si elle a perdu d'un côté autant qu'elle a gagné de l'autre, elle n'a pas en définitive augmenté de prix.

552. Notre article fournit aussi la solution d'une autre question, sur laquelle des divergences n'ont pu s'élever que parce que l'on a tenté de la résoudre à l'aide de textes étrangers à la matière. Il s'agit de savoir si le vendeur est obligé de tenir compte à l'acheteur de toute la plus-value acquise par la chose au moment de l'éviction, lorsque cette plus-value dépasse toutes les prévisions qu'il avait été possible de former lors de la conclusion du contrat. Ainsi une maison, qui a été vendue 20,000 fr., se trouve au moment de l'éviction valoir 50,000 fr. par suite du percement d'une rue nouvelle; l'acheteur pourra-t-il exiger que le vendeur lui tienne compte de toute la plus-value, qui est de 30,000 fr.? Dumoulin et Pothier ne l'admettaient pas, et l'art. 1150 semblerait encore résoudre la question en faveur du vendeur, au moins quand il est de bonne foi. Mais ce texte est-il applicable ici? La négative parait certaine, malgré l'opinion contraire d'excellents auteurs. En effet, aux termes de l'art. 1639 : « *Les autres questions auxquelles peuvent donner lieu les* » *dommages et intérêts résultant pour l'acquéreur de l'inexécution de la vente, doi-* » *vent être décidées suivant les règles générales établies au titre* des Contrats ou des » Obligations conventionnelles en général ». On le voit, les textes du titre *Des obligations,* relatifs aux dommages et intérêts, ne sont applicables en matière de vente que pour la solution des questions qui n'ont pas été résolues par le législateur dans le titre *De la vente* (arg. des mots *Les* AUTRES *questions*). Or l'art. 1633 résout le point de savoir comment se règle l'indemnité due à l'acheteur en cas de plus-value : il dispose que l'indemnité sera égale à ce que la chose *vaut au-dessus du prix de la vente,* et cela sans distinguer si la plus-value est considérable ou minime, et si elle a pu ou non être prévue lors de la vente, sans distinguer non plus si le vendeur est de bonne ou de mauvaise foi, distinction que le législateur n'a cependant pas perdue de vue dans notre matière, ainsi que le prouvent les art. 1634 et 1635. Donc il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 1150, qui, dans les cas ordinaires, règle d'une autre façon l'indemnité due à raison de la plus-value; *specialia generalibus derogant.*

553. *b.* — En second lieu l'acheteur évincé peut réclamer une indemnité à son vendeur, à raison des impenses qu'il a faites relativement à la chose. Nous avons sur ce point deux textes, les art. 1634 et 1635, ainsi conçus :

ART. 1634. *Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds.*

ART. 1635. *Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément que celui-ci aura faites au fonds.*

La loi paraît distinguer ici, comme elle le fait ailleurs, trois sortes d'impenses : d'abord les impenses *nécessaires,* auxquelles fait sans doute allusion le mot *réparations* de l'art. 1634 ; ce sont celles *quæ habent in se necessitatem impendendi,* celles qui sont indispensables pour la conservation de la chose; aussi pourrait-on les appeler *impenses de conservation,* exemple : la réfection d'un gros mur qui menace ruine et dont la chute entraînera celle de l'édifice tout entier; puis les impenses *utiles* ou impenses d'*amélioration* (art. 1634 *in fine*), par exemple le drainage d'un terrain qu'un excès d'humidité rend impropre à la culture; enfin les impenses *volup-*

tuaires ou *de pur agrément,* qui ne procurent aucune plus-value, telles seraient les dépenses faites pour sabler les allées d'un jardin, pour faire mettre des vitraux de couleur à un pavillon...

La loi ne dit pas très clairement quels sont les droits de l'acheteur évincé, à raison de ces diverses impenses; les principes généraux sont nécessaires pour compléter ses dispositions sur ce point.

α. *Impenses nécessaires.* L'acheteur qui a fait des impenses de cette nature peut en réclamer le remboursement intégral. C'est le droit commun pour ces sortes d'impenses, qui souvent ne produisent aucune plus-value.

β. *Impenses utiles.* Dans ses rapports avec son vendeur, l'acheteur évincé a droit à la bonification de la plus-value produite par l'impense.

Cette plus-value doit lui être payée intégralement, quelque considérable qu'elle soit et alors même qu'elle dépasserait de beaucoup le déboursé; car l'éviction fait perdre cette plus-value à l'acheteur, et il faut la lui bonifier tout entière pour qu'il soit complètement indemne. La bonne foi du vendeur n'apporterait aucun adoucissement à la rigueur de cette obligation.

Si la plus-value est inférieure à l'impense, l'acheteur recouvrera en vertu de notre règle moins qu'il n'a dépensé. Mais à cela rien d'injuste, car l'éviction ne le prive en définitive que de la plus-value; le surplus de la dépense était déjà perdu lors de l'éviction, perdu sans retour par suite de la fausse spéculation de l'acheteur; le vendeur ne lui en doit donc pas la restitution, parce qu'il ne doit que la réparation du préjudice causé par l'éviction. Le vendeur serait cependant tenu dans notre hypothèse de restituer toute la somme déboursée, s'il était de mauvaise foi lors de la vente. C'est du moins ce que l'on peut induire par un argument *a fortiori* de l'art. 1635, qui oblige le vendeur de mauvaise foi à rembourser même les dépenses voluptuaires, lesquelles ne produisent aucune plus-value.

Bien entendu, l'acheteur évincé n'a droit d'exiger de son vendeur le remboursement de ses impenses nécessaires ou utiles qu'autant qu'il ne l'a pas déjà obtenu du propriétaire revendiquant, autrement il y aurait double emploi; et c'est pour cela que l'art. 1634 dit que le vendeur est tenu de rembourser ces impenses à l'acheteur ou de les lui faire rembourser par celui qui l'évince. Normalement, l'acheteur aura obtenu du revendiquant satisfaction complète en ce qui concerne les dépenses nécessaires, que la loi l'oblige à rembourser intégralement, et par conséquent l'acheteur n'aura plus rien à réclamer de ce chef à son vendeur. Mais souvent il n'aura reçu qu'une demi-satisfaction en ce qui concerne les dépenses utiles, le revendiquant ayant le choix entre le remboursement de la plus-value et celui de l'impense (art. 555); et alors il pourra agir contre son vendeur pour obtenir le complément d'indemnité auquel il a droit.

γ. *Impenses voluptuaires.* La loi n'oblige le vendeur à les rembourser que lorsqu'il est de mauvaise foi (art. 1635); elle l'en dispense donc implicitement, quand il est de bonne foi; sauf pour l'acheteur l'exercice du *jus tollendi,* consistant à reprendre ce qui est susceptible d'être enlevé sans détérioration (cpr. t. I, n. 1336).

B. *Eviction partielle.*

554. Deux cas doivent être distingués : 1° celui où l'acheteur est évincé d'une partie aliquote ou d'une partie matériellement déterminée de la chose vendue; 2° celui où l'éviction résulte de l'absence de servitudes actives déclarées par le vendeur, ou de l'existence, sur la chose vendue, soit de servitudes occultes, soit de servitudes apparentes que le vendeur avait déclaré ne pas exister.

555. Premier cas. *Eviction d'une partie indivise ou divise de la chose vendue :* — d'une partie *indivise,* telle qu'un tiers, un quart (éviction *pro indiviso*); — d'une partie *divise,* par exemple telle pièce de terre faisant partie du domaine vendu (éviction *pro diviso*). Ces diverses hypothèses sont réglées par les art. 1636 et 1637.

Aux termes de l'art. 1636 : « *Si l'acquéreur n'est évincé que d'une » partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au » tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été » évincé, il peut faire résilier la vente* ». On le voit, l'acheteur n'a le choix entre le maintien et la résiliation de la vente qu'autant que la partie évincée est de telle conséquence relativement au tout qu'il n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé : ce qui est une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par les tribunaux.

Si on rapproche l'art. 1636 de l'art. 1601, on voit que la loi fait à l'acheteur une situation plus avantageuse au cas où une partie de la chose était périe lors de la vente que dans celui où il est évincé d'une portion de cette chose. Dans la première hypothèse en effet, la loi donne à l'acheteur, d'une manière absolue, le choix entre le maintien et l'abandon de la vente, tandis que, dans la seconde, ce choix ne lui est accordé qu'avec une importante restriction formulée par l'acte 1636. Cette différence s'explique facilement. Dans le cas prévu par l'art. 1601, les choses sont encore entières; le contrat n'est pas exécuté, il s'agit de savoir s'il tiendra. Il n'en est pas de même dans le cas de l'art. 1636. Le contrat est exécuté, depuis longtemps peut-être; il s'agit de le résilier : ce qui jettera souvent une grande perturbation dans les relations civiles, car la résiliation porte atteinte aux droits consentis par l'acheteur sur la chose vendue. On comprend donc que le législateur ait été plus exigeant dans le second cas que dans le premier.

556. En supposant que la vente ne soit pas résiliée, soit parce que l'acheteur n'a pas demandé la résiliation (c'est une faculté pour lui) soit parce qu'il n'a pu l'obtenir, il a droit à une indemnité pour le préjudice que l'éviction lui cause. L'art 1637 va nous dire comment cette indemnité se règlera : « *Si, dans le cas de l'éviction d'une partie » du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie dont » l'acquéreur se trouve évincé, lui est remboursée suivant l'estimation à » l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la » vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur* ».

La partie dont l'acquéreur se trouve évincé valait 10 lors de la vente ; elle vaut 25 lors de l'éviction; le vendeur devra rembourser 25 à l'acheteur. Cette solution est en parfaite harmonie avec celle que la loi donne pour le cas d'éviction totale (art. 1633).

En sens inverse, l'immeuble vendu valait 100 lors de la vente ; il ne vaut plus que 80 lors de l'éviction ; l'acheteur est évincé par hypothèse d'une portion de l'immeuble, qui en représente la moitié et qui par conséquent ne vaut que 40 lors de l'éviction. Combien le vendeur devra-t-il rembourser à l'acheteur ? 40 seulement, somme égale à la valeur lors de l'éviction. Cette fois, la décision de la loi ne cadre plus avec celle qu'elle adopte pour le cas d'éviction totale. L'acheteur évincé totalement a droit à la restitution de la totalité du prix, alors même que la chose ven-

due se trouve diminuée de valeur lors de l'éviction (art. 1631); logiquement il devrait avoir droit à la restitution d'une partie proportionnelle du prix, quand l'éviction est partielle. Dans notre espèce, l'acheteur, qui est évincé d'une partie de l'immeuble égale à la moitié, devrait avoir droit à la restitution de la moitié du prix, soit 50, puisqu'il aurait droit à la restitution du prix entier s'il subissait une éviction totale.

Il y a là, nous le croyons, une opposition de vues manifeste. Les raisons que l'on peut donner pour justifier le système de la loi sont d'une faiblesse extrême. On dit qu'en cas d'éviction totale le prix se trouve sans cause entre les mains du vendeur, et qu'il en doit par conséquent toujours la restitution intégrale; tandis que, dans le cas d'éviction partielle, la vente se trouve avoir encore un objet, et par suite le prix n'est pas sans cause entre les mains du vendeur; il a donc le droit de le garder, sauf à indemniser l'acheteur de la perte que l'éviction lui cause; or cette perte n'est égale qu'à la valeur de la partie évincée. — Mais, si le prix se trouve pour le tout sans cause entre les mains du vendeur quand l'acheteur est évincé de la totalité, il s'y trouve manifestement sans cause pour la moitié quand l'acheteur est évincé de la moitié; donc il devrait y avoir lieu à la restitution de la moitié du prix. Cela semble surtout palpable au cas d'éviction *pro indiviso;* aussi quelques auteurs refusent-ils d'appliquer la décision de l'art. 1637 à cette hypothèse; mais cette restriction paraît inacceptable à raison de la généralité des termes de l'article.

557. Second cas. *Eviction partielle résultant, soit de la non-existence de servitudes actives déclarées par le vendeur, soit de l'existence de servitudes passives qu'il avait déclaré ne pas exister, ou même de servitudes non apparentes dont le vendeur n'a pas parlé.* Les servitudes sont des qualités des fonds, *qualitates prædiorum,* qualités positives ou négatives suivant que la servitude est active ou passive, et qui par suite augmentent ou diminuent la valeur des fonds. L'acheteur, qui se trouve privé d'une servitude active sur laquelle il était en droit de compter d'après le contrat, n'obtient pas tout ce que le contrat devait lui procurer; il subit donc une éviction partielle. Il en est de même de l'acheteur qui est obligé de souffrir sur le fonds vendu l'exercice d'une servitude sur l'existence de laquelle il ne devait pas compter d'après le contrat. Aussi le législateur applique-t-il à cette hypothèse une règle analogue à celle qu'il vient d'édicter pour l'éviction partielle. L'art. 1638 dispose : « *Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été* » *fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de* » *telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait* » *pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du* » *contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité* ».

L'héritage vendu se trouve grevé de servitudes non apparentes, qui n'ont pas été déclarées lors du contrat. Le vendeur a commis une réticence coupable dont la loi le déclare responsable. L'acheteur aura le choix entre le maintien et la résiliation de la vente, si la servitude est « de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que » l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit » : ce qui est une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par les tribunaux. Si la vente est maintenue, soit parce que l'acheteur ne veut pas, soit parce qu'il ne peut pas en obtenir la résiliation, il aura droit à une indemnité égale au préjudice que lui cause l'existence de la servitude.

L'acheteur n'a droit à aucune garantie, si la servitude dont le vendeur ne lui a pas déclaré l'existence est apparente; la loi suppose que l'acheteur a dû nécessairement en avoir connaissance, puisqu'il suffisait de regarder pour la voir.

Même à raison des servitudes non apparentes que le vendeur n'a pas déclarées, l'acheteur n'a droit à aucune garantie, s'il en a connu l'existence lors de la vente. Le vendeur n'a pas besoin d'instruire l'acheteur qui est déjà instruit. Il ne suffit pas, remarquons-le bien, pour que cette dernière fin de non-recevoir puisse être opposée à l'acquéreur, qu'il ait pu connaître l'existence de la servitude en usant de quelque diligence ; il faut qu'il l'ait effectivement connue : ce que le vendeur devrait prouver en cas de contestation sur ce point. Ainsi le vendeur ne serait pas quitte, nous le croyons du moins, en alléguant que l'acte constitutif de la servitude occulte non déclarée par lui, était transcrit lors de la vente, et qu'il suffisait à l'acquéreur de consulter le registre des transcriptions pour en découvrir l'existence. Dans le système de la loi, c'est le vendeur qui doit informer l'acheteur de l'existence des servitudes occultes, et non l'acheteur qui doit se renseigner.

558. On s'accorde à reconnaître que l'art. 1638 est inapplicable aux servitudes naturelles et aux servitudes légales. Ce ne sont pas là de véritables servitudes : elles constituent le droit commun de la propriété foncière en France ; l'acheteur doit donc les connaître, et par suite le vendeur ne saurait être tenu de les lui déclarer. L'acheteur n'aurait même pas de réclamation à élever de ce chef, si le fonds lui avait été vendu comme *libre de toute servitude*.

Les servitudes dont parle l'art. 1638 sont donc seulement celles résultant du fait de l'homme. Mais la disposition doit être appliquée par analogie à toutes les charges réelles occultes dont l'immeuble vendu serait grevé, comme un droit d'usufruit ou d'usage. Elle doit même être étendue aux charges personnelles. Ainsi le vendeur doit garantie à l'acheteur, à raison d'un bail dont il n'a pas donné connaissance à l'acheteur et que celui-ci est obligé de subir par application de l'art. 1743. Cass., 6 juin 1887, Sir., 87. 1. 409. En effet l'art. 1626, qui formule le principe général de la garantie, déclare en termes absolus le vendeur tenu de garantir l'acheteur « des » CHARGES prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ».

Il y aurait lieu d'appliquer aussi par analogie la disposition de l'art. 1638 au cas où, le vendeur ayant déclaré dans le contrat l'existence de servitudes actives appartenant à l'immeuble vendu, ces servitudes n'existeraient pas.

N° 2. Garantie de fait.

559. La garantie de fait, nous l'avons déjà dit, est celle qui résulte de stipulations particulières dérogeant aux dispositions de la loi sur la garantie de droit. « *Les parties* », dit l'art. 1627, « *peuvent, par des* » *conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en dimi-* » *nuer l'effet; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis* » *à aucune garantie* ».

= *Ajouter à cette obligation de droit.* Par exemple en stipulant que le vendeur sera responsable, même des cas fortuits qui pourraient faire périr la chose dans l'intervalle écoulé entre la vente et la tradition.

Mais, pour que cette responsabilité exceptionnelle incombât au vendeur, il faudrait une stipulation bien précise. On ne devrait pas considérer comme présentant ce caractère la clause banale que « la vente est faite avec garantie de tous troubles et évictions quelconques ». Cette formule, qui est devenue de style dans les actes de vente, n'ajoute rien aux obligations dont le vendeur est tenu en vertu de la garantie de droit.

= *Ou en diminuer l'effet.* Ainsi le vendeur pourrait stipuler qu'il ne sera pas garant envers l'acheteur des servitudes occultes, qui peuvent à son insu grever l'immeuble vendu.

Les parties pourraient même convenir, dit notre texte, que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie. Mais cette clause ne produit pas des effets aussi étendus qu'on pourrait le croire au premier abord ; en effet les art. 1628 et 1629 en réduisent singulièrement la portée par une double limitation.

560. Première limitation. « *Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera* » *soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte* » *d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle* » (art. 1628). Le vendeur ne peut donc, par aucune stipulation, quelque précise qu'elle soit, s'affranchir de la garantie à raison des faits qui lui sont personnels. En d'autres termes, le vendeur est garant, quoi qu'il fasse, de l'éviction résultant d'un droit qu'il viendrait exercer lui-même ou qui serait exercé par son ayant cause à titre particulier. Ainsi le vendeur répondrait, nonobstant toute stipulation contraire, de l'éviction résultant d'une aliénation par lui consentie antérieurement ou postérieurement à la vente et qui serait opposée à l'acheteur comme ayant été transcrite la première. En ce sens, la garantie est de l'essence de la vente. Le législateur a considéré que la stipulation, par laquelle le vendeur chercherait à se soustraire à la garantie résultant de son fait personnel, équivaudrait à la stipulation qu'il ne sera pas tenu de son dol; or *illud nulla pactione effici potest ne dolus præstetur.*

* Toutefois il faut s'entendre. La stipulation, conçue en termes généraux, que le vendeur ne sera pas garant des évictions résultant de son fait personnel, serait incontestablement nulle et de nul effet. Mais le vendeur pourrait, croyons-nous, en précisant un fait par lui accompli avant la vente et en le signalant à l'acheteur, stipuler valablement qu'il ne sera tenu de ce chef à aucune garantie. Une pareille stipulation peut être très loyale, et on ne voit pas pourquoi elle ne produirait pas ses effets. Le vendeur dit en pareil cas : « Voilà ce que j'ai fait, je ne vous cache rien; une éviction peut résulter de l'acte que j'ai accompli, et j'entends, si elle se réalise, n'en être pas responsable; réfléchissez-bien ». D'après la jurisprudence, il suffit même, pour que le vendeur échappe à la garantie de l'éviction ayant pour cause son fait personnel, que l'acheteur ait eu connaissance de ce fait avant la vente. On doit admettre dans ce cas l'existence d'une convention tacite de non-garantie.

561. Seconde limitation. « *Dans le même cas de stipulation de non-* » *garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix,* » *à moins que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de* » *l'éviction, ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques* (art. 1629). Ainsi la simple stipulation de non-garantie n'a pas d'autre effet que d'affranchir le vendeur de l'obligation de payer des dommages et intérêts à l'acheteur évincé : elle ne l'affranchit pas de l'obligation de restituer

le prix ; car ce prix se trouve désormais sans cause entre ses mains, et l'acheteur évincé peut le répéter *condictione indebiti vel sine causa.*

Toutefois, c'est par interprétation de la volonté des parties que la loi le décide ainsi; elle s'incline devant une volonté contraire manifestée *expressément* ou *tacitement.*

Expressément : comme s'il est dit que la vente est faite *sans garantie ni restitution de deniers,* ou *sans garantie et aux risques et périls de l'acheteur,* ou même simplement *aux risques et périls de l'acheteur,* stipulation que la loi n'a pas prévue, mais dont la signification ne paraît guère douteuse.

Tacitement : le seul fait, que la loi considère comme ayant assez d'énergie pour faire supposer chez les parties l'intention d'attacher à la clause de non-garantie l'effet le plus puissant, qui consiste à dispenser le vendeur même de la restitution du prix, c'est la connaissance que l'acheteur avait lors de la vente du danger d'éviction. Ainsi, quand ces deux circonstances se trouvent réunies, d'une part que le vendeur a stipulé qu'il ne serait pas tenu de la garantie, et d'autre part que l'acheteur connaissait le danger d'éviction, la loi suppose qu'il a été entendu entre les parties que la vente était aléatoire, qu'elle portait sur une espérance plutôt que sur un droit. Le prix a sans doute été fixé en conséquence, et le vendeur aura le droit de le garder si l'éviction se réalise; car il n'est pas sans cause entre ses mains, il forme la contre-valeur de la chance qui appartenait au vendeur, de l'espérance qu'il a transmise. Si l'une seulement des deux circonstances qui viennent d'être indiquées se rencontrait, stipulation de non-garantie, ou connaissance par l'acheteur de la cause d'éviction, le vendeur serait seulement affranchi des dommages et intérêts, mais non de la restitution du prix (arg. art. 1629 cbn. 1599).

A la liste que donne l'art. 1629 des cas dans lesquels l'éviction de l'acheteur ne donne lieu ni à des dommages et intérêts ni à la restitution du prix, il y a lieu d'ajouter celui où l'acheteur n'aurait subi l'éviction que par sa faute : il serait alors lui-même l'auteur du préjudice qu'il éprouve, et n'aurait aucunement le droit d'en demander la réparation à son vendeur. On peut citer comme exemple le cas où l'acheteur d'une créance privilégiée ou hypothécaire, à raison de laquelle le vendeur a promis la garantie, aurait laissé perdre, faute de renouveler l'inscription en temps utile, l'hypothèque ou le privilège attaché à la créance, et se trouverait ainsi placé dans l'impossibilité d'en obtenir le paiement. Voyez aussi l'hypothèse prévue par l'art. 1640 déjà expliqué (*supra* n. 543).

§ II. *De la garantie des défauts de la chose vendue.*

562. Le vendeur ne doit pas seulement procurer à l'acheteur une possession *paisible,* mais aussi une possession *utile.* De là la responsabilité que la loi impose au vendeur en ce qui concerne les *vices rédhibitoires.* On désigne sous ce nom les défauts cachés, qui rendent

la chose impropre à l'usage auquel elle est naturellement destinée, ou qui diminuent considérablement le profit que peut procurer cet usage. L'art. 1641 dit à ce sujet : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison* » *des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage* » *auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'ache-* » *teur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix,* » *s'il les avait connus* ».

Les défauts ou vices dont il s'agit sont appelés *rédhibitoires,* parce qu'ils peuvent entraîner la *rédhibition* ou résolution du contrat. *Redhibere est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit.* Ils doivent présenter les caractères suivants :

1° Etre cachés. « *Le vendeur* », dit l'art. 1642, « *n'est pas tenu des* » *vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même* ».

2° Etre inconnus de l'acheteur (arg. art. 1641 *in fine*). Si l'acheteur les a connus, il a implicitement renoncé à la garantie à raison de ces vices.

3° Rendre la chose impropre à l'usage auquel on la destine, ou diminuer tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus : ce qui est une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par le juge. Les défauts, qui enlèveraient seulement à la chose une partie de son agrément, ne constitueraient pas des vices rédhibitoires.

4° Exister au moment de la vente; car, à dater de cette époque, les cas fortuits sont pour le compte de l'acheteur. En cas de contestation, il appartiendrait à l'acheteur de prouver que le vice dont il se plaint existait lors de la vente, conformément à la règle *Actoris est probare.*

Ces conditions suffisent. Il n'est pas nécessaire que le vendeur soit de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait eu lors de la vente connaissance de l'existence des vices : « *Il est tenu des vices cachés* », dit l'art. 1643, » *quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il* » *n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie* ».

Ce texte nous révèle cependant une différence entre le vendeur de bonne foi et le vendeur de mauvaise foi. Le vendeur qui est de bonne foi, c'est-à-dire qui ignore les vices rédhibitoires dont la chose est atteinte, peut stipuler qu'il ne sera pas tenu de la garantie à raison de ces vices. Le vendeur de mauvaise foi ne le peut pas (arg. des mots *dans ce cas*); à moins cependant qu'il ne déclare l'existence des vices à l'acheteur. Il y aurait dol de la part du vendeur à stipuler la non-garantie d'un vice qu'il connaît et qu'il ne déclare pas.

563. La garantie à raison des vices rédhibitoires a lieu dans toutes les ventes, même dans celles d'immeubles. En effet la loi déclare le vendeur responsable des défauts cachés de la *chose vendue,* expression qui, dans sa généralité, comprend les immeubles aussi bien que les meubles. Cependant les immeubles sont rarement infectés de vices

rédhibitoires; on peut citer comme exemple le cas d'une maison, dans laquelle les pièces de bois non apparentes, telles que poutres, solives..., sont pourries ou vermoulues, ou celui d'un édifice dont la solidité se trouve compromise par un souterrain creusé sous les fondations et dont l'existence était ignorée de l'acheteur.

Toutefois, la garantie des vices rédhibitoires n'a pas lieu dans les ventes *qui ne peuvent être faites que par le ministère de la justice.* Une jurisprudence constante interprète en ce sens l'art. 1649, ainsi conçu : « *Elle n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice* ». Ce texte ne s'appliquerait donc pas aux ventes volontaires, faites en la forme judiciaire à l'audience des criées. De telles ventes sont bien faites par le ministère de la justice, auquel le vendeur a eu volontairement recours, mais non *par* AUTORITÉ *de justice,* expression qui suppose une vente dans laquelle le ministère de la justice est obligatoire.

564. Quels sont les droits qui appartiennent à l'acheteur, quand il est constant que la chose vendue est atteinte d'un vice rédhibitoire ? L'art. 1644 répond : « *Dans le cas des articles* 1641 *et* 1643, *l'acheteur a* » *le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder* » *la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera* » *arbitrée par experts* ».

Ainsi deux actions s'offrent au choix de l'acheteur, savoir : l'action que les Romains appelaient *redhibitoria,* qui n'est autre qu'une action en résolution de la vente, et celle à laquelle ils donnaient le nom d'*actio æstimatoria* ou *actio quanti minoris,* par laquelle l'acheteur obtiendra la restitution d'une partie du prix proportionnelle à la diminution de valeur résultant de l'existence du vice.

a. — Quand l'acheteur exerce l'action rédhibitoire, c'est-à-dire quand il demande la résolution de la vente, tout doit être remis au même et semblable état que s'il n'y avait jamais eu vente. L'acheteur aura donc droit au remboursement du prix s'il l'a payé, et devra de son côté restituer au vendeur la chose, ou seulement ce qui en reste, *quod ex re superest,* si elle a péri en tout ou en partie par suite du vice dont elle était atteinte. Ainsi l'acheteur d'un cheval morveux, qui est mort des suites de sa maladie, devra restituer la dépouille de l'animal; et encore serait-il libéré de cette restitution, s'il avait été obligé d'enfouir l'animal tout entier en vertu d'un règlement de police.

L'acheteur a-t-il droit, outre la restitution du prix, à des dommages et intérêts ? La loi distingue :

ART. 1645. *Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.*

ART. 1646. *Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu*

qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.

Ainsi, le vendeur de mauvaise foi doit des dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts seront réglés conformément au droit commun; par conséquent, en cas de dol du vendeur, ils pourront s'élever à un chiffre plus considérable qu'au cas de simple faute (art. 1150 et 1151). Quant au vendeur de bonne foi, il paraît difficile de soutenir, en présence de l'art. 1646, qu'il puisse être tenu de payer des dommages et intérêts, autres du moins que le remboursement des frais de la vente.

b. — Si l'acheteur préfère intenter l'action *quanti minoris,* il garde la chose et a droit à la restitution d'une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts (art. 1644). Ce mode de détermination de la portion du prix à restituer ne pourrait pas être remplacé par un autre, à moins que les parties ne l'acceptassent d'un commun accord.

565. Aux termes de l'art. 1648 : « *L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite* ».

La loi maintient ici l'autorité des usages locaux pour la fixation du délai dans lequel doit être intentée l'action résultant des vices rédhibitoires. Quand ces usages sont constants et reconnus, le juge doit les respecter. Dans le cas contraire, il a un pouvoir discrétionnaire pour décider si l'action a été intentée en temps utile (Cass., 27 juin 1887, Sir., 87. 1. 316). Le juge doit se souvenir toutefois que la loi exige que l'action soit intentée *dans un bref délai.* L'existence à l'époque de la vente du vice rédhibitoire dont se plaint l'acheteur est d'autant plus difficile à constater qu'il s'est écoulé plus de temps.

Le délai court en général du jour de la vente. Cependant, si l'époque de la livraison a été différée, le délai ne court qu'à compter de la tradition réelle.

Il ne suffit pas que l'acheteur ait fait constater le vice de la chose dans le délai légal; il doit, à peine de déchéance, intenter son action dans ledit délai.

566. Enfin, aux termes de l'art. 1647 : « *Si la chose qui avait des vices, a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents. — Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur* ».

La disposition de l'alinéa 1 de notre article s'explique d'elle-même. Quant à celle de l'alinéa 2, qui met à la charge de l'acheteur la perte survenue par cas fortuit depuis la vente, on peut l'expliquer en disant que l'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire, et que par suite la perte survenue *pendente conditione* doit être pour son compte (v. t. II, n. 942) : il ne peut donc plus exercer ni l'action *redhibitoria* ni l'action *quanti minoris.* Cependant, si, au moment où survient la perte par cas fortuit, l'acheteur avait déjà intenté l'une de ces actions, il devrait recevoir satisfaction, en supposant qu'il prouvât le fondement de sa demande; car on sait que le juge doit, pour apprécier la légitimité d'une prétention, se reporter à

l'époque où la demande a été introduite, les plaideurs ne devant pas souffrir des lenteurs de la justice, parce qu'elles ne leur sont pas imputables.

Appendice. — Loi du 2 août 1884.

567. Les dispositions du code civil, relatives aux vices rédhibitoires ont été profondément modifiées, pour les ventes de certains animaux domestiques, par la loi du 20 mai 1838 et par celle du 2 août 1884. Cette dernière, qui porte abrogation expresse de la première, est l'une de celles dont l'ensemble doit former ce fameux code rural, qui sera un chef-d'œuvre si sa valeur se mesure au temps dépensé pour le faire. Nous allons indiquer ses dispositions principales.

1° La loi nouvelle détermine limitativement les vices rédhibitoires pour les animaux appartenant à l'espèce chevaline (cheval, âne et mulet), à l'espèce ovine et à l'espèce porcine (art. 2).

Pour tous les autres animaux, par exemple pour ceux appartenant à l'espèce bovine ou à l'espèce canine, il y a lieu d'appliquer le droit commun, c'est-à-dire les dispositions du code civil.

2° Le vendeur peut paralyser l'exercice de l'action *quanti minoris*, en restituant le prix de l'animal et en remboursant à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente (art. 3). On a voulu empêcher que l'action *æstimatoria* ne devînt un moyen de chantage entre les mains de l'acheteur intéressé à garder l'animal et demandant sans motifs sérieux une diminution de prix.

3° Enfin la loi nouvelle fixe le délai dans lequel l'acheteur doit intenter son action, à peine de déchéance (art. 5 et 6), et la procédure à suivre pour constater l'existence des vices rédhibitoires (art. 7 et s.)

Voici au surplus le texte de la loi.

Art. 1er. *L'action en garantie, dans les ventes ou échanges d'animaux domestiques, sera régie, à défaut de conventions contraires, par les dispositions suivantes, sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être dus s'il y a dol.*

2. *Sont réputés vices rédhibitoires et donneront seuls ouverture aux actions résultant des art. 1641 et suivants du Code civil, sans distinctions des localités où les ventes et échanges auront lieu, les maladies ou défauts ci-après savoir :*

Pour le cheval, l'âne et le mulet, — *La morve, le farcin, l'immobilité, l'emphysème pulmonaire, le cornage chronique, le tic proprement dit, avec ou sans usure des dents, les boiteries anciennes intermittentes, la fluxion périodique des yeux.*

Pour l'espèce ovine, — *La clavelée ; cette maladie reconnue chez un seul animal entraînera la rédhibition de tout le troupeau s'il porte la marque du vendeur.*

Pour l'espèce porcine, — *La ladrerie.*

3. *L'action en réduction de prix, autorisée par l'art. 1644 du Code civil, ne pourra être exercée dans les ventes et échanges d'animaux énoncés à l'article précédent, lorsque le vendeur offrira de reprendre l'animal vendu, en restituant le prix et en remboursant à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.*

4. *Aucune action en garantie, même en réduction de prix, ne sera admise pour les ventes ou pour les échanges d'animaux domestiques, si le prix, en cas de vente, ou la valeur, en cas d'échange, ne dépasse pas 100 francs.*

5. *Le délai pour intenter l'action rédhibitoire, sera de neuf jours francs, non com-*

pris le jour fixé pour la livraison, excepté pour la fluxion périodique, pour laquelle ce délai sera de trente jours francs, non compris le jour fixé pour la livraison.

6. *Si la livraison de l'animal a été effectuée hors du lieu du domicile du vendeur ou si, après la livraison et dans le délai ci-dessus, l'animal a été conduit hors du lieu du domicile du vendeur, le délai pour intenter l'action sera augmenté à raison de la distance, suivant les règles de la procédure civile.*

7. *Quel que soit le délai pour intenter l'action, l'acheteur, à peine d'être non recevable, devra provoquer, dans les délais de l'article 5, la nomination d'experts, chargés de dresser procès-verbal; la requête sera présentée, verbalement ou par écrit, au juge de paix du lieu où se trouve l'animal; ce juge constatera dans son ordonnance la date de la requête et nommera immédiatement un ou trois experts qui devront opérer dans le plus bref délai. — Ces experts vérifieront l'état de l'animal, recueilleront tous les renseignements utiles, donneront leur avis, et, à la fin de leur procès-verbal, affirmeront, par serment, la sincérité de leurs opérations.*

8. *Le vendeur sera appelé à l'expertise, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le juge de paix, à raison de l'urgence et de l'éloignement. — La citation à l'expertise devra être donnée au vendeur dans les délais déterminés par les art. 5 et 6; elle énoncera qu'il sera procédé même en son absence. — Si le vendeur a été appelé à l'expertise, la demande pourra être signifiée dans les trois jours à compter de la clôture du procès-verbal, dont copie sera signifiée en tête de l'exploit. — Si le vendeur n'a pas été appelé à l'expertise, la demande devra être faite dans les délais fixés par les art. 5 et 6.*

9. *La demande est portée devant les tribunaux compétents, suivant les règles ordinaires du droit. — Elle est dispensée de tout préliminaire de conciliation et, devant les tribunaux civils, elle est instruite et jugée comme matière sommaire.*

10. *Si l'animal vient à périr, le vendeur ne sera pas tenu de la garantie, à moins que l'acheteur n'ait intenté une action régulière dans le délai légal, et ne prouve que la perte de l'animal provient de l'une des maladies spécifiées dans l'art. 2.*

11. *Le vendeur sera dispensé de la garantie résultant de la morve ou du farcin pour le cheval, l'âne et le mulet, et de la clavelée pour l'espèce ovine, s'il prouve que l'animal, depuis la livraison, a été mis en contact avec des animaux atteints de ces maladies.*

12. *Sont abrogés tous règlements imposant une garantie exceptionnelle aux vendeurs d'animaux destinés à la boucherie. Sont également abrogées la loi du 20 mai 1838 et toutes les dispositions contraires à la présente loi.*

567 *bis*. Les parties peuvent modifier comme elles l'entendent les règles de la garantie de droit en matière de ventes d'animaux (arg. des mots *à défaut de conventions contraires* de l'art. 1). Notamment on peut convenir que le vendeur sera garant d'autres vices cachés que ceux contenus dans l'énumération légale. Cette convention peut n'être que tacite. Cass., 10 novembre 1885, Sir., 86. 1. 53, et 23 mars 1887, Sir., 87. 1. 160. On peut aussi convenir que le vendeur ne sera tenu d'aucune garantie.

CHAPITRE V

DES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR

568. « *La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au » jour et au lieu réglés par la vente* » (art. 1650). La loi dit : « La *principale* obligation » ; donc l'acheteur en a d'autres. On peut particulièrement citer l'obligation de prendre livraison de la chose, celle de

payer les frais et loyaux coûts du contrat, et enfin l'obligation de rembourser au vendeur les frais qu'il a faits pour la conservation de la chose depuis la vente jusqu'à la livraison. La loi ne s'occupe ici que de l'obligation de payer le prix et de l'obligation de prendre livraison de la chose. Nous traiterons ces matières dans deux paragraphes.

§ I. *De l'obligation de payer le prix.*

569. En quel lieu et en quel temps le prix doit-il être payé? — La loi répond : au jour et au lieu réglés par la vente (art. 1650). Et l'art. 1651 ajoute : « *S'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente,* » *l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la déli-* » *vrance* ».

Ce texte déroge au droit commun sous deux points de vue :

1° En ce qu'il déclare le prix payable, sauf stipulation contraire, à l'époque fixée pour la délivrance. D'où il résulte que, si le vendeur a stipulé un terme pour la délivrance, l'acheteur jouira de droit du même terme pour le paiement du prix; or, d'après le droit commun, la concession d'un délai au vendeur pour la délivrance n'aurait pas dispensé l'acheteur de payer immédiatement son prix, pas plus qu'en sens inverse la concession d'un délai à l'acheteur pour payer son prix ne dispense le vendeur de livrer immédiatement;

2° D'après le droit commun, le prix devrait être payé, dans le silence du contrat, au domicile de l'acheteur (art. 1247); or la loi le déclare payable au lieu où doit se faire la délivrance. Pourquoi cette dérogation? La livraison et le paiement du prix devant avoir lieu simultanément (*supra* n. 517), il fallait nécessairement que les deux prestations fussent effectuées au même lieu. On se trouvait donc contraint, par la force même des choses, de faire perdre le bénéfice du droit commun soit au vendeur, soit à l'acheteur, puisque le droit commun les autorise à exécuter leur obligation dans deux lieux différents : le vendeur, au lieu où la chose vendue se trouvait lors du contrat, l'acheteur, à son domicile (art. 1247). En d'autres termes, on était placé dans l'alternative, ou d'obliger le vendeur à délivrer la chose au domicile de l'acheteur, ou d'obliger celui-ci à payer son prix au lieu fixé pour la délivrance. C'est cette dernière solution que consacre l'art. 1651, comme étant la plus conforme à l'intention probable des parties. Dans la nécessité où l'on se trouve de faire subir un sacrifice à l'une des deux parties, il est naturel de l'infliger à celle pour laquelle il sera le moins onéreux, par conséquent ici à l'acheteur; car il lui en coûtera moins en général, pour transporter son argent au lieu fixé pour la délivrance, qu'au vendeur pour transporter la chose au domicile de l'acheteur.

L'art. 1651 dérogeant au droit commun, sa disposition doit recevoir l'interprétation restrictive, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Or le texte suppose que le prix doit être payé au temps de la délivrance. Si donc il a été convenu que le prix serait payé à une autre époque, le droit commun reprendra son empire par cela seul qu'on est en dehors des termes de l'exception. Par exemple, si les parties sont convenues que la délivrance aura lieu immédiatement et que le prix sera payé dans six mois, ou en sens inverse que le prix sera payé immédiatement et que la délivrance n'aura lieu que dans six mois, l'acheteur aura le droit de payer à son domicile (art. 1247). D'ailleurs, les deux prestations ne devant plus ici avoir lieu simultanément, il n'est pas nécessaire qu'elles soient faites au même lieu, et le motif de la loi manque ainsi non moins que son texte.

Autre est le cas où, le paiement et la délivrance devant d'après la convention avoir

lieu simultanément, le vendeur consentirait à livrer la chose sans exiger immédiatement le paiement du prix. En faisant ainsi à l'acheteur la concession gracieuse d'un délai, le vendeur renonce bien au droit qu'il a d'être payé immédiatement; mais il ne renonce pas nécessairement pour cela au droit qui lui appartient d'être payé au lieu où doit se faire la délivrance. *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis.* Il pourra donc exiger le paiement en ce lieu, s'il y a intérêt.

570. Aux termes de l'art. 1653 : « *Si l'acheteur est troublé ou a juste* » *sujet de craindre d'être troublé par une action soit hypothécaire, soit* » *en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que* » *le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner* » *caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble,* » *l'acheteur paiera* ».

Si l'acheteur a la preuve positive que la chose vendue appartient à autrui, il peut demander la nullité de la vente (art. 1599).

Si, sans avoir cette preuve, il est troublé, ou même seulement s'il a juste sujet de craindre d'être troublé par une action hypothécaire ou en revendication, il a le droit d'user de la faculté que lui accorde notre article, celle de suspendre provisoirement le paiement de son prix.

Remarquons que la crainte d'un trouble ne suffit pas pour autoriser l'acheteur à suspendre le paiement de son prix ; il faut que cette crainte soit légitime, c'est-à-dire fondée, que l'acheteur ait, comme le dit la loi, *juste sujet de craindre...* : ce qui en cas de contestation serait une question de fait, à résoudre par les tribunaux. La jurisprudence considère l'existence sur l'immeuble vendu d'inscriptions hypothécaires, ignorées de l'acheteur lors de la vente, comme constituant par elle-même et par elle seule une cause de crainte légitime, qui rend la disposition de notre article applicable. Cass., 21 juin 1881, Sir., 82. 1. 118, et 19 mars 1884, Sir., 86. 1. 204.

L'effet cessant avec la cause, l'acheteur n'a plus le droit d'invoquer le moyen dilatoire de l'art. 1653, lorsque le vendeur a fait le nécessaire pour calmer ses légitimes inquiétudes. Il pourra donc alors être forcé de payer. Le vendeur a encore, dit notre article, le droit d'exiger le paiement, s'il donne caution pour la restitution du prix le cas échéant, ou s'il a été convenu que nonobstant le trouble l'acheteur paiera; ajoutez : et dans tous les cas où l'éviction ne doit pas donner lieu à la restitution du prix au profit de l'acheteur, par exemple s'il a acheté à ses risques et périls.

L'acheteur, qui suspend le paiement de son prix en vertu de l'art. 1653, en doit les intérêts. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens.

L'art. 1653 autorise l'acheteur troublé ou inquiété *à suspendre le paiement de son prix;* mais il ne l'autorise pas à le répéter, s'il l'a déjà payé. Ce droit ne saurait lui appartenir que lorsque l'éviction est consommée (art. 1630); jusque-là il n'est pas prouvé que le prix ait été payé indûment, condition nécessaire pour qu'il y ait lieu à la répétition (Dijon, 15 février 1878, Sir., 79. 2. 4).

571. Dans quels cas l'acheteur doit les intérêts de son prix. — « *L'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du* » *capital, dans les trois cas suivants : — S'il a été ainsi convenu lors de la*

» *vente; — Si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres reve-* » *nus; — Si l'acheteur a été sommé de payer. — Dans ce dernier cas,* » *l'intérêt ne court que depuis la sommation* » (art. 1652).

Etudions successivement ces trois cas :

1° « *S'il a été ainsi convenu lors de la vente* ». Les parties pourraient valablement convenir d'un intérêt supérieur à cinq pour cent en matière civile et à six pour cent en matière commerciale. La limitation du taux de l'intérêt conventionnel, établie par la loi du 3 septembre 1807, paraît ne concerner que le prêt. — V. *infra*, n. 836.

2° « *Si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus* ». Il résulte très nettement de ce texte (argument des mots *et livrée*) que les intérêts du prix ne sont dus qu'à dater de la délivrance. C'est très juste. Avant la délivrance, l'acheteur ne jouit pas encore de la chose; il ne saurait donc être tenu de procurer au vendeur la jouissance du prix sous forme d'intérêts. Aussitôt la délivrance faite, il a la jouissance de la chose; donc il doit les intérêts du prix, qui en sont la contre-valeur. *Quum re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere.* Ce qu'on s'explique difficilement, c'est que la loi subordonne l'obligation pour l'acheteur entré en possession de payer les intérêts de son prix à cette circonstance que la chose soit frugifère. Nous venons de le dire, les intérêts du prix sont la compensation de la jouissance de la chose; donc ils devraient être dus dans tous les cas à dater du moment où l'acheteur jouit. Qu'importe que la jouissance consiste dans des fruits, ou dans l'usage de la chose, ou même en un simple agrément, comme s'il s'agit par exemple d'un tableau?

La loi ne fait courir les intérêts du prix qu'à compter de la délivrance, et non de la vente, parce qu'elle suppose, ce qui arrivera en effet presque toujours, que le vendeur, qui a pris terme pour la délivrance, s'est réservé explicitement ou implicitement le droit de jouir de la chose jusqu'à la livraison. Si cette réserve n'existait pas, l'acheteur, ayant droit aux fruits du jour de la vente, devrait, à dater de la même époque, les intérêts de son prix.

Les intérêts du prix sont dus à compter de la délivrance ou de la vente, alors même que le contrat accorderait à l'acheteur un délai pour le paiement. La généralité des termes de notre texte ne permet pas d'admettre la solution opposée, qui était professée par Pothier. Le tout sauf stipulation contraire.

3° « *Si l'acheteur a été sommé de payer* ». Une simple sommation suffit pour faire courir les intérêts; d'après le droit commun, une demande en justice eût été nécessaire (art. 1153).

572. Droit de résolution du vendeur. — La loi accorde au vendeur non payé de nombreuses garanties : 1° le droit de rétention, dont nous avons déjà parlé (art. 1612, et *supra* n. 517); 2° un droit de saisie-revendication, quand la chose vendue est mobilière (art. 2102-4°); 3° dans tous les cas un privilège (art. 2102-4° et 2103-1°); 4° enfin un droit de résolution. Nous n'avons à nous occuper ici que de ce dernier; il est

consacré par l'art. 1654, ainsi conçu : « *Si l'acheteur ne paie pas le* » *prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente* ». Cette disposition n'est qu'une application pure et simple du principe consacré par l'art. 1184 al. 1, aux termes duquel : « La condition résolutoire » est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour » le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engage- » ment ». On a peine à s'expliquer, en présence de la généralité de ces textes, qu'on ait pu élever des doutes sur le point de savoir si le droit de résolution appartient au vendeur de meubles aussi bien qu'au vendeur d'immeubles ; l'affirmative ne saurait souffrir de difficulté.

Le droit de résolution appartient au vendeur, aussi bien lorsque le prix consiste dans une rente perpétuelle que lorsqu'il consiste dans un capital. Mais il en serait autrement, si le prix consistait en une rente viagère, à cause de l'art. 1978. Toutefois, les parties peuvent valablement *convenir* qu'à défaut de paiement des arrérages de la rente viagère formant le prix de la vente, le contrat sera résolu après simple sommation, et les arrérages déjà payés acquis de plein droit au vendeur à titre de dommages et intérêts. En effet l'art. 1978 suppose qu'il n'a pas été dans l'intention des parties de sous-entendre la condition résolutoire ; mais il ne leur défend pas de la stipuler. Il y a des décisions judiciaires dans ce sens.

573. Le vendeur peut demander la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, quelque minime que soit la portion du prix qui lui reste due, et sauf à restituer bien entendu les acomptes qu'il aurait touchés, à moins qu'ils ne lui soient alloués par la justice ou par la convention à titre de dommages et intérêts. La résolution est facultative pour le vendeur, qui peut, s'il le préfère, exiger par les voies de droit l'exécution du contrat. La justice, saisie de la demande en résolution, pourrait d'ailleurs accorder à l'acheteur un délai suivant les circonstances (art. 1184).

Le vendeur ne pourrait plus demander la résolution de la vente, s'il avait renoncé à ce droit expressément ou tacitement. La renonciation tacite ne pourrait s'induire que d'actes non équivoques, desquels résulterait nécessairement l'intention du vendeur d'abdiquer son droit de résolution. *Renuntiatio non præsumitur.* On peut apporter comme exemple le cas où le vendeur d'un immeuble en aurait provoqué l'expropriation forcée pour obtenir son paiement par privilège sur le prix, et celui où il aurait approuvé la revente consentie par l'acquéreur en signant l'acte qui la constate : le vendeur ne serait pas admis en pareils cas à exercer son action en résolution au préjudice des tiers acquéreurs. Mais on ne devrait pas considérer comme emportant renonciation tacite à l'action en résolution le seul fait par le vendeur d'avoir exercé des poursuites contre l'acheteur en vue d'obtenir le paiement du prix de la vente.

* **574.** L'action en résolution est divisible, quand la chose vendue est elle-même divisible (art. 1217) ; elle se diviserait donc alors de plein droit entre les héritiers du vendeur décédé sans l'avoir exercée (art. 1220), de même que la créance du prix, dont elle est un accessoire. Cependant on admet généralement (mais il y a sur ce point des hésitations, tant en jurisprudence qu'en doctrine) que l'acheteur, actionné

en résolution par un seul des héritiers du vendeur, peut exiger que les autres soient mis en cause afin que tous s'entendent pour exercer collectivement l'action en résolution, et que, si les héritiers ne peuvent parvenir à se concilier, la demande en résolution ne devra pas être admise (arg. art. 1670 et 1685). Il paraît logique en effet que la mort du vendeur ne puisse pas exposer l'acheteur à voir le contrat maintenu pour partie et résolu pour partie.

575. Aux termes de l'art. 1655 : « *La résolution de la vente d'immeu-* » *bles est prononcée de suite, si le vendeur est en danger de perdre la* » *chose et le prix. — Si ce danger n'existe pas, le juge peut accorder à* » *l'acquéreur un délai plus ou moins long suivant les circonstances. —* » *Ce délai passé sans que l'acquéreur ait payé, la résolution de la vente* » *sera prononcée* ».

La résolution de la vente pour défaut de paiement du prix doit être demandée en justice (art. 1184). La justice doit-elle prononcer la résolution de suite ? C'est cette question que résout notre article, qui ne fait qu'expliquer à cet égard et développer le principe posé par l'art. 1184. La résolution devra être prononcée immédiatement, si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix, par exemple si un acheteur d'une solvabilité douteuse abat des futaies ou démolit des maisons faisant partie du domaine vendu. Au cas où ce danger n'existe pas, le juge peut accorder à l'acheteur un délai plus ou moins long suivant les circonstances.

Le danger de perdre la chose et le prix existe presque toujours pour le vendeur, quand la chose vendue est mobilière ; car l'acheteur peut la détruire, ou l'aliéner au profit d'un tiers de bonne foi qui sera protégé contre toute réclamation du vendeur non payé par la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279). Dans la pratique, il n'y aura donc guère lieu de suspendre la résolution en accordant un délai à l'acheteur, quand la chose vendue sera mobilière : le juge devra presque toujours en pareil cas prononcer la résolution immédiatement ; et cela explique que la loi, qui statue ici comme ailleurs *de eo quod plerumque fit,* ne parle que du cas où la vente porte sur des immeubles. Mais ce n'est pas à dire que, s'il arrivait exceptionnellement, dans une vente mobilière, que le vendeur ne fût pas en danger de perdre la chose et le prix, comme cela aura lieu le plus souvent si la chose vendue est incorporelle, le juge ne pourrait pas user de la faculté d'accorder un délai à l'acheteur actionné en résolution ; on ne verrait pas le motif d'une semblable rigueur. D'ailleurs l'art. 1184, dont l'art. 1655 n'est que l'explication et le développement, autorise dans les termes les plus généraux le juge à accorder un délai au débiteur contre lequel l'action en résolution est intentée.

Si l'acheteur laisse passer le délai de faveur qui lui a été accordé par le juge, sans payer son prix, la résolution de la vente *devra* être prononcée. Le juge ne pourrait pas accorder un nouveau délai ; il modifierait ainsi sa sentence, ce qu'il n'a pas le droit de faire.

576. Tout ce que nous avons dit jusqu'ici est relatif au cas où la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix n'a pas été réglée d'une manière particulière par la convention des parties ; la résolution est alors régie par les seules dispositions de la loi (art. 1184

et 1654-1655). Il nous faut étudier maintenant les dérogations que la convention des parties peut apporter à ces dispositions. Elles résultent principalement de l'une ou de l'autre des deux stipulations suivantes.

1° *Clause portant qu'à défaut de paiement du prix au terme convenu, la vente sera résolue de plein droit.* Les effets de cette stipulation sont réglés par l'art. 1656, ainsi conçu : « *S'il a été stipulé lors de la vente* » *d'immeubles, que faute de paiement du prix dans le terme convenu, la* » *vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer* » *après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par* » *une sommation ; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui* » *accorder de délai* ».

Ainsi, la clause qui nous occupe n'a pas autant d'énergie qu'on pourrait le croire au premier abord. La vente ne sera pas résolue par cela seul que l'acheteur aura laissé passer le délai fixé, sans payer; autrement le sort du contrat dépendrait de sa seule volonté : ce qui serait contraire à l'intention des parties. Il ne faut pas oublier que la résolution est un droit pour le vendeur, droit dont il est libre d'user ou de ne pas user. Quand l'acheteur ne paie pas dans le délai convenu, le vendeur a donc le choix entre la résolution du contrat, et son exécution, qu'il peut exiger par toutes les voies de droit. S'il opte pour le premier parti, il en informera l'acheteur par une sommation. La volonté du vendeur de résoudre la vente, d'une part, et le retard de l'acheteur, d'autre part, seront ainsi officiellement constatés, et la vente sera résolue sans l'intervention de la justice, à laquelle le vendeur a précisément voulu se soustraire par la clause qui nous occupe, parce qu'il en redoutait la lenteur et les frais. Tant qu'il n'a pas accompli cet acte de rigueur, le vendeur est réputé consentir au maintien du contrat ; aussi l'acheteur peut-il valablement payer son prix. Mais, la sommation une fois donnée, le vendeur a manifesté la volonté d'opter pour la résolution, et la vente est résolue par cela seul; l'acheteur ne peut plus conjurer ce résultat en payant son prix. — Inutilement objecte-t-on que, la sommation donnée par le vendeur étant une sommation de payer, l'acheteur doit avoir le délai moralement nécessaire pour obtempérer à cette sommation, un jour ou trois, dit M. Colmet de Santerre. La réponse est que la loi n'accorde aucun délai : l'acquéreur, dit le texte, peut payer utilement son prix, *tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation;* donc il ne le peut plus après. D'ailleurs ce n'est pas à proprement parler une sommation *de payer* que le vendeur adresse à l'acheteur; c'est une sommation dans laquelle il déclare user du droit qui lui appartient de résoudre la vente, l'acheteur étant en retard de payer. Tout au plus pourrait-on admettre que l'acheteur a le droit de payer au moment où il reçoit la sommation; car alors il serait peut-être vrai de dire qu'il n'a pas été touché par la sommation, puisqu'il s'est exécuté au moment même où son retard de payer allait être constaté.

2° *Clause portant qu'à défaut de paiement lors de l'échéance, la vente sera résolue de plein droit et sans sommation.*

La loi ne prévoit pas cette clause, peut-être parce qu'elle n'est pas de nature à se présenter fréquemment dans la pratique; mais elle demeure permise en vertu du grand principe de la liberté des conventions. On conçoit que le vendeur la stipule rarement, parce qu'elle paraît laisser le sort du contrat à la discrétion de l'acheteur. En effet, dit-on, il suffit à l'acheteur de ne pas payer à l'échéance, pour résoudre la vente, sans que le vendeur ait aucun moyen de conjurer ce résultat, et sauf seulement le droit, qui lui appartiendrait en pareil cas, de demander des dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution du contrat.

* Ne pourrait-on pas soutenir que, lorsqu'il a été convenu qu'à défaut de paiement du prix lors de l'échéance la vente sera résolue *de plein droit et sans sommation,* la situation du vendeur est la même que celle que lui fait l'art. 1657, après l'expiration du terme convenu pour le retirement, quand la vente a pour objet des denrées ou des effets mobiliers, c'est-à-dire que le vendeur peut disposer de la chose, sans même avoir besoin de mettre l'acheteur en demeure par une sommation, mais que la résolution est toujours facultative pour lui, comme dans le cas de l'art. 1657, et qu'il pourra, s'il le préfère, exiger l'exécution de la vente? Cela paraîtrait conforme à l'intention véritable des parties, qui, par la clause de résolution, ont sans doute entendu fortifier les droits du vendeur, et non les affaiblir. En tout cas, il semblerait difficile de soutenir que les parties ne pourraient pas arriver à ce résultat en vertu d'une stipulation expresse. Cpr. t. II, n. 950.

577. Effets de la résolution de la vente. — Quand la vente est résolue pour défaut de paiement du prix, tout est remis au même et semblable état que si la vente n'avait jamais eu lieu (arg. art. 1183).

De là résultent plusieurs conséquences :

1° Le vendeur reprend la chose, s'il en a fait tradition à l'acheteur, et restitue à celui-ci les acomptes qu'il aurait payés sur le prix;

2° Le vendeur a le droit d'exiger la restitution des fruits perçus par l'acheteur ; en retour il est obligé de restituer à celui-ci les intérêts par lui payés et de lui bonifier, à dater du jour du versement, l'intérêt des acomptes versés sur le prix.

3° L'acheteur doit une indemnité au vendeur pour les détériorations que la chose vendue a subies par sa faute ou même par son simple fait. En revanche il peut en exiger une pour ses impenses nécessaires ou utiles : les premières doivent lui être remboursées sur le pied de la somme dépensée, les secondes, sur le pied de la plus-value seulement, à moins que la dépense ne soit inférieure à la plus-value, auquel cas il suffit de rembourser l'impense. Cass., 22 juin 1887, Sir., 87. 1. 244. Mais l'acheteur ne doit aucune indemnité pour les détériorations résultant d'un cas fortuit, tel que l'*avulsio* (art. 559), pas plus qu'il n'a le droit d'en exiger une pour les améliorations dues à une cause naturelle telle que l'alluvion ;

4° Les aliénations de la chose vendue, consenties par l'acheteur, tombent, par application de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* Le vendeur peut donc revendiquer sa chose entre les mains du tiers détenteur, à moins que celui-ci ne soit en mesure de lui opposer la prescription acquisitive, ou qu'il ne puisse invoquer, s'il s'agit d'une chose mobilière corporelle, la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* qui est peut-être bien, elle aussi, une monnaie de prescription (*infra* n. 1731). Les droits réels, qui se sont imprimés du chef de l'acheteur sur la chose vendue, subissent le même sort.

La prémisse que nous avons posée devrait aussi entraîner cette conséquence que l'acheteur peut exiger de l'Etat le remboursement du droit de mutation par lui payé. Mais cette prétention viendrait se briser contre un principe inexorable de notre législation fiscale : tout droit d'enregistrement régulièrement perçu n'est pas sujet à restitution (loi du 22 frimaire an VII, art. 60).

La résolution de la vente pour défaut de paiement du prix a lieu sans préjudice du droit pour le vendeur de demander des dommages et intérêts (art. 1184).

578. Durée de l'action en résolution. — L'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix ne peut se prescrire que par trente ans, tant que la chose demeure entre les mains de l'acheteur

ou de ses héritiers (arg. art. 2262). L'art. 1304, qui organise la prescription de dix ans, n'est applicable qu'aux actions en nullité ou en rescision, mais non aux actions en résolution (v. t. II, n. 1168). Si la chose est passée en mains tierces, le possesseur peut, en supposant qu'il soit de bonne foi, invoquer l'usucapion de dix à vingt ans, s'il s'agit d'un immeuble, et la disposition de l'art. 2279 al. 1, s'il s'agit d'une chose mobilière corporelle; autrement il n'y aurait lieu qu'à la prescription de trente ans.

Sous l'empire du code civil, le droit de résolution du vendeur d'immeubles était complètement indépendant de son privilège. D'abord il n'était pas assujetti pour sa conservation aux mêmes conditions de publicité. Puis le vendeur, qui avait perdu son privilège soit par une renonciation, soit pour avoir négligé de produire en temps utile à l'ordre ouvert sur le prix, soit par suite de la purge effectuée par un sous-acquéreur, conservait encore son droit de résolution. Cet état de choses, extrêmement fâcheux pour les tiers, qui se trouvaient ainsi souvent atteints par un droit de résolution qu'ils ne soupçonnaient pas, a cessé d'exister.

D'abord, dans l'ordre chronologique, la loi du 2 juin 1841, pourvoyant à la situation des adjudicataires sur saisie, exposés à être évincés par suite de l'action en résolution d'un vendeur antérieur non payé, est venue décider que le vendeur est en général déchu de son action résolutoire, s'il n'a pas formé sa demande avec notification au greffe, avant le jugement d'adjudication. Voyez l'art. 717 révisé du C. pr.

Ensuite, la loi du 23 mars 1855, généralisant la pensée qui avait inspiré la disposition précitée, a lié dans une large mesure le sort de l'action en résolution à celui du privilège. L'art. 7 de cette loi porte : « L'action résolutoire établie par l'article » 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée après l'extinction du privilège du » vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef » de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver ».

Ce texte n'a été écrit qu'en vue de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix (argument des mots *établie par l'art. 1654*); il demeure donc étranger aux actions en résolution fondées sur une autre cause. D'autre part, notre disposition ne gouverne que les rapports du vendeur avec les tiers *qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver*. Donc elle demeure sans application entre toutes autres personnes, notamment dans les rapports du vendeur avec l'acheteur ou avec les créanciers chirographaires de celui-ci. En d'autres termes, le vendeur déchu de son privilège n'en conserve pas moins son action résolutoire contre l'acheteur et contre ses créanciers chirographaires.

Notons enfin qu'aux termes de l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855, le jugement, qui prononce la résolution d'une vente d'immeuble, doit être mentionné en marge de la transcription de l'acte de vente. Le but de cette disposition est d'avertir les tiers, qui consulteront le registre des transcriptions, que l'acheteur a cessé d'être propriétaire. Sa seule sanction consiste dans une amende de cent francs contre l'avoué chargé de faire opérer la mention.

§ II. *De l'obligation de prendre livraison de la chose vendue.*

579. L'acheteur doit prendre livraison de la chose vendue à l'époque fixée par la convention, ou par l'usage des lieux, auquel les parties sont toujours censées s'être référé quand elles n'ont pas manifesté une volonté contraire (art. 1135). A défaut de terme fixé par la con-

vention ou par l'usage, l'acheteur doit prendre livraison immédiatement, ou tout au moins après l'expiration du délai qui lui est moralement nécessaire pour retirer la chose vendue.

Quelle est la sanction de l'obligation de prendre livraison ? Le vendeur peut tout d'abord, si la chose vendue est mobilière et qu'il ait besoin du local où elle se trouve, obtenir de la justice, après sommation faite à l'acheteur de prendre livraison, la permission de mettre la chose en dépôt dans quelque autre lieu (art. 1264).

Le vendeur a en outre le droit de demander la résolution de la vente, conformément à l'art. 1184. Il y a même un cas dans lequel la résolution a lieu à son profit de plein droit et sans sommation ; il est prévu par l'art. 1657, ainsi conçu : *En matière de vente de denrées et effets » mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans som- » mation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour » le retirement* ». Ainsi, quand la vente a pour objet des denrées ou des effets mobiliers *et qu'un terme à été fixé par le contrat pour le retirement,* la vente est résolue de plein droit et sans sommation au profit du vendeur, si l'acheteur néglige de prendre livraison de la chose dans le délai fixé. Le vendeur pourra donc, sans avoir besoin de recourir à l'intervention de la justice, sans même être obligé de mettre l'acheteur en demeure par une sommation, considérer la vente comme non avenue et disposer autrement de la chose vendue, sauf ses dommages et intérêts contre l'acheteur (arg. art. 1184). C'est là, qu'on le remarque bien, une simple faculté pour le vendeur : la vente est résolue *à son profit,* dit l'art. 1657 ; il peut donc s'il le préfère, exiger par les voies de droit l'exécution du contrat qui est peut-être avantageux pour lui.

Quel est maintenant le motif de la rigueur particulière déployée par l'art. 1657 contre l'acheteur de denrées ou d'effets mobiliers, qui ne prend pas livraison au terme fixé par la convention ? « Les denrées et les effets mobiliers, dit Portalis, ne circulent pas toujours dans le commerce avec le même avantage ; il y a une si grande variation dans le prix de ces objets que le moindre retard peut occasionner un préjudice irréparable ». A quoi l'on peut ajouter que les besoins du commerce exigent la circulation incessante des marchandises. Le commerçant qui a vendu des marchandises et qui a stipulé un terme pour leur retirement, se propose d'en acheter d'autres pour les remplacer ; peut-être les a-t-il achetées aussitôt après avoir vendu les premières, et a-t-il besoin du local qu'occupent celles-ci pour les loger. Le retard que met l'acheteur à prendre livraison dérange toutes ces combinaisons. Aussi la loi, se conformant à l'intention probable des parties, autorise-t-elle le vendeur à considérer la vente comme résolue de plein droit par suite du seul retard de l'acheteur, sans avoir à subir les lenteurs et les frais d'une

instance en résolution, sans même avoir besoin de donner sommation à l'acheteur. Cpr. Cass., 29 novembre 1886, Sir. 87. 1. 63, et t. II, n. 950.

Une jurisprudence constante déclare l'art. 1657 applicable aux ventes commerciales. Cass., 11 juillet 1882, Sir., 82. 1. 472. Ce sont celles en effet auxquelles s'appliquent le mieux les motifs qui justifient la disposition de ce texte, et d'ailleurs la loi ne distingue pas. La solution contraire est cependant adoptée par un certain nombre d'auteurs, qui invoquent principalement la discussion au conseil d'Etat, très formelle en effet dans le sens de leur opinion.

580. L'art. 1657, nous l'avons déjà dit, n'est applicable qu'au cas où la convention fixe un délai pour le retirement de la chose vendue (Cass., 17 décembre 1879, Sir., 80. 1. 217). Mais cette fixation peut d'ailleurs résulter d'une convention tacite aussi bien que d'une convention expresse. L'existence d'une semblable convention pourrait notamment s'induire de ce fait, qu'un usage constant, auquel les parties n'ont pas manifesté la volonté de déroger et auquel elles sont censées par cela même avoir adhéré, fixe un terme pour le retirement de la chose faisant l'objet du contrat de vente.

CHAPITRE VI

DE LA NULLITÉ ET DE LA RÉSOLUTION DE LA VENTE

581. « *Indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà* » *expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les* » *conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la* » *faculté de rachat et par la vilité du prix* » (art. 1658).

Ce texte confond à tort les causes de nullité et les causes de résolution de la vente. On sait qu'un contrat est *nul, annulable* ou *rescindable* (expressions synonymes), quand il est infecté lors de sa formation d'un vice susceptible d'entraîner plus tard sa destruction, tel que le dol, l'erreur, la violence ou la lésion. Au contraire un contrat est *résoluble,* lorsque, pur de tout vice à son origine, il est menacé dans son existence par une condition résolutoire expresse ou tacite, qui, si elle se réalise, remettra les choses au même et semblable état que si le contrat n'avait jamais existé. Cela posé, notre article a raison d'indiquer l'exercice de la faculté de rachat comme une cause de résolution de la vente; mais il a tort d'en dire autant de la vilité du prix. La vilité du prix est une cause de nullité, ou mieux une cause de rescision, si l'on veut se conformer à la terminologie adoptée par le législateur, qui affecte d'employer à peu près exclusivement le mot *rescision,* pour désigner la cause de nullité résultant de la lésion. Ce n'est pas une simple affaire de mots. Grandes sont les différences entre la nullité ou rescision et la résolution. Indiquons les principales : 1° la nullité n'existe jamais de plein droit, il faut qu'elle soit prononcée par une décision judiciaire; au contraire la résolution se produit de plein droit, au moins quand la condition résolutoire est expresse; 2° la nullité peut se couvrir par une confirmation soit expresse, soit tacite; il en est autrement de la résolution; 3° l'action en nullité est prescriptible par dix ans (art. 1304), l'action en résolution dure trente ans (art. 2262).

SECTION PREMIÈRE

DE LA FACULTÉ DE RACHAT

582. Définition. — « *La faculté de rachat ou de réméré est un pacte* » *par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyen-*

» *nant la restitution du prix principal, et le remboursement dont il est* » *parlé à l'article* 1673 » (art. 1659). Ainsi nous faisons ensemble la convention suivante : Je vous vends tel bien moyennant 20,000 fr. que vous me payez immédiatement, et je me réserve le droit de reprendre la chose vendue en vous remboursant le prix dans un délai de cinq ans.

Telle est la vente avec faculté de rachat ou vente à *réméré*. C'est une vente sous condition résolutoire : la condition résolutoire consiste dans la faculté de rachat que s'est réservée le vendeur. Cette condition vient-elle à défaillir, ce qui arrive quand le vendeur laisse passer le délai fixé sans user du pacte ou convention de rachat; l'acheteur devient propriétaire incommutable (art. 1662). Au contraire la condition se réalise-t-elle, le vendeur ayant usé du pacte dans le délai fixé; alors tout est remis au même état que si la vente n'avait jamais eu lieu (art. 1183) : l'acheteur est donc censé n'avoir jamais été propriétaire, et le vendeur n'avoir jamais cessé de l'être.

Par où l'on voit que les expressions *vente avec faculté de* RACHAT, ou *vente à* RÉMÉRÉ, sont assez impropres. Elles donneraient à entendre en effet que, lorsque le vendeur use du pacte de rachat, la propriété de la chose vendue lui revient en vertu d'une revente consentie par l'acheteur, d'une rétrocession : ce qui aurait notamment pour conséquence d'entraîner le paiement d'un deuxième droit de mutation à l'Etat. Or les choses se passent tout autrement, ainsi que nous venons de l'expliquer. Loin de donner naissance à un nouveau contrat, l'exercice du droit de rachat détruit l'ancien : il y a *distractus*, et non pas *contractus novus*. Idée que rend fort bien l'expression *retrait conventionnel*, qu'avaient adoptée plusieurs de nos anciens auteurs, et notamment Tiraqueau, pour désigner le droit qui nous occupe. Nous regrettons qu'elle ne figure pas dans le vocabulaire du code civil. Le mot *retrait* sonnait mal en 1804, parce qu'il éveillait tout un monde de souvenirs qu'on craignait d'évoquer. Nulle part notre législateur ne l'emploie, bien qu'il ait admis quelques-unes des institutions qu'on désignait autrefois sous cette dénomination (v. art. 841, 1408, 1699 à 1701). Le nom semble l'avoir effrayé plus que la chose.

583. Utilité du pacte de rachat. — L'expédient de la vente à réméré est l'un de ceux auxquels recourt le propriétaire aux abois, qui a besoin d'argent à tout prix et qui cependant tient à son bien et ne veut pas s'en défaire. Il peut être préférable sous divers points de vue à l'emprunt sur hypothèque. En effet, d'une part, cette dernière combinaison n'est possible que lorsque l'emprunteur est propriétaire d'un immeuble (art. 2118), tandis que la vente à réméré peut s'appliquer même à des meubles; d'autre part, la constitution d'hypothèque entraîne nécessairement les frais d'un acte notarié (art. 2127), tandis qu'un acte sous seing privé peut suffire pour la vente à réméré; enfin et surtout, la vente à réméré procurera souvent au propriétaire une somme plus considérable que l'emprunt sur hypothèque ; car celui

qui prête sur hypothèque ne perd pas de vue que la réalisation du gage hypothécaire entraîne des frais considérables, qui peuvent absorber la valeur des biens lorsqu'elle est minime, et il ne prête que ce que peut valoir l'immeuble déduction faite de ces frais.

Celui qui se résigne à la douloureuse extrémité de la vente à réméré espère que, dans le délai fixé par le contrat, il pourra se procurer les fonds nécessaires pour rembourser le prix de la vente, et qu'il rentrera ainsi dans la propriété de son bien. L'acheteur au contraire, dont les vues sont ordinairement plus justes, espère que le délai fatal expirera sans que le vendeur ait pu effectuer le remboursement, et que la vente deviendra irrévocable; il spécule ainsi sur l'état de gêne du propriétaire, dont il achète en général le bien à vil prix. Aussi la vente à réméré se présente-t-elle sous un jour assez peu favorable ; d'autant plus qu'elle sert souvent de masque à un contrat que la loi prohibe, le contrat pignoratif. V. *infra,* n. 1045.

584. Un examen superficiel pourrait permettre de confondre la vente à réméré avec un prêt sur gage. En effet le vendeur à réméré paraît être un emprunteur qui donne sa chose en gage, et l'acheteur, un prêteur qui la reçoit. Mais il y a entre les deux opérations des différences considérables. Notamment celui qui emprunte sur gage devient débiteur de la somme empruntée, et peut être poursuivi à l'échéance sur tous ses biens pour le remboursement; il n'a même pas le droit de forcer le prêteur à recevoir en paiement la chose donnée en gage. Au contraire, celui qui s'est procuré de l'argent par le moyen de la vente à réméré n'est pas débiteur de la somme qu'il a reçue, et ne pourra jamais être forcé de la rembourser; le remboursement est facultatif pour lui. D'autre part, dans le prêt sur gage, l'emprunteur reste propriétaire de la chose donnée en gage; si donc elle périt, elle périra pour son compte; tandis que la perte de la chose vendue à réméré, survenue avant l'exercice du droit de rachat, serait au compte de l'acheteur, qui en est propriétaire sous condition résolutoire. Cpr. t. II, n. 942.

585. La faculté de rachat doit être stipulée dans le contrat même de vente; elle ne saurait l'être utilement après coup. C'est ce qui résulte par argument des mots *se réserve* de l'art. 1659 : la stipulation, faite après que le contrat a été définitivement conclu, ne serait plus une réserve. Quand la vente a été faite purement et simplement, l'acheteur est devenu propriétaire incommutable, et tout ce qui est possible désormais, c'est une revente ou une promesse de revente au profit du vendeur; les parties ne peuvent plus faire un *distractus,* mais seulement un *contractus novus.*

586. Délai du réméré. — Dans notre ancien droit, le réméré pouvait être exercé pendant trente années, terme ordinaire de la prescription, à moins que les parties n'eussent fixé un délai plus court. L'intérêt public exigeant que la propriété ne demeure pas trop longtemps incertaine, notre loi moderne a cru devoir restreindre sur ce point dans d'étroites limites la liberté des parties contractantes. « *La » faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq » années* », dit l'art. 1660 al. 1. Bien entendu, les parties peuvent fixer un délai plus court. La loi ajoute : « *Si elle* [la faculté de rachat] *a été » stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme* » (art. 1660 al. 2). La convention, qui excède les limites légales en ce qui concerne

la durée du délai, n'est donc pas nulle; elle est seulement réduite de plein droit à ces limites. — Si les parties n'ont pas fixé de délai, le rachat pourra être exercé pendant cinq années.

587. « *Le délai court contre toutes personnes, même contre le mineur,* » *sauf, s'il y a lieu, le recours contre qui de droit* » (art. 1663).

La loi suppose ici, non pas que le bien d'un mineur a été vendu *à réméré,* ce qui ne paraît guère possible, mais que le vendeur *à réméré* est mort laissant un héritier mineur. Le délai courra malgré la minorité de l'héritier, sauf son recours contre son tuteur, si celui-ci a négligé d'exercer le réméré en temps utile et que cela cause préjudice au mineur.

588. « *Le terme fixé est de rigueur, et ne peut être prolongé par le* » *juge* » (art. 1661).

Ajoutons que le terme fixé ne peut pas non plus être prolongé par la convention des parties. Du moins la prolongation conventionnelle du terme n'empêcherait pas l'acheteur, dans ses rapports avec les tiers, de devenir irrévocablement propriétaire de la chose vendue, si le rachat n'était pas opéré dans le délai primitivement fixé par le contrat. Ce qui est fait est fait; il ne saurait dépendre des parties de modifier leur convention au préjudice des droits acquis à des tiers. Ainsi l'acheteur à réméré d'un immeuble a conféré une hypothèque sur cet immeuble pendant le délai du réméré. Le créancier hypothécaire a dû compter que son hypothèque deviendrait définitive, si le délai fixé par le contrat expirait sans que le vendeur eût usé du pacte de rachat; l'acheteur n'a pas le droit de lui ravir ce légitime espoir, en consentant à la prolongation du délai.

Mais la convention, qui prolonge la durée du délai fixé pour le réméré, pourrait être considérée comme équivalente à une promesse unilatérale de revente, faite par l'acheteur au vendeur. Si cette promesse se réalise, il y aura *contractus novus,* et non pas *distractus*. D'où il résultera notamment qu'un deuxième droit de mutation sera dû à l'Etat pour la rétrocession faite au vendeur.

589. « *Faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans* » *le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable* » (art. 1662). La seule expiration du délai fixé suffit donc pour que le vendeur, qui n'a pas usé de son droit, en soit irrévocablement déchu. Il n'est pas nécessaire qu'une décision judiciaire intervienne pour prononcer cette déchéance, comme cela avait lieu dans notre ancien droit, au moins pour le cas où le délai du réméré avait été fixé conventionnellement.

Pour échapper à la déchéance qui le menace, le vendeur doit avoir « exercé son » action de réméré dans le terme prescrit » (art. 1662). Que faut-il entendre par là? Il y a tout d'abord un cas qui ne saurait présenter de difficulté : c'est celui où, avant l'expiration du délai fixé, le vendeur aurait manifesté son intention d'exercer le rachat, en offrant à l'acheteur le remboursement du prix et des accessoires, et où l'acheteur aurait accepté cette offre et donné quittance. La condition résolutoire, à laquelle la vente était subordonnée, est alors remplie *in forma specifica,* et la vente est résolue. Le vendeur ne peut plus encourir la déchéance établie par l'art. 1662, parce qu'il a « exercé son *action* de réméré dans le terme prescrit ». On voit que ces expressions de la loi ne font pas nécessairement allusion à une action en justice, que le vendeur devrait exercer dans le délai fixé. Il résulte d'ailleurs de la compa-

raison des art. 1668 et 1669 que le législateur emploie l'expression *exercer l'action de réméré* comme synonyme de celle-ci : *user de la faculté de rachat.*

Mais voilà que l'acheteur refuse d'accepter les offres faites par le vendeur en vue d'exercer le réméré. Il est bien clair que ce mauvais vouloir ne peut pas être un obstacle à l'exercice du droit qui appartient au vendeur. Ici s'appliquera l'art. 1178, aux termes duquel : « La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, » obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». L'acheteur est débiteur de la chose vendue à réméré, sous cette condition : *si le vendeur use du pacte de rachat dans le délai prescrit.* Si le vendeur prouve qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour accomplir la condition et que la résistance du débiteur en a seule empêché l'accomplissement, la condition devra être considérée comme accomplie, et par suite le réméré comme effectué. Mais, remarquons-le bien, le vendeur doit prouver qu'il a fait tout ce qu'il était légalement tenu de faire pour accomplir la condition. Incontestablement il aura satisfait à cette exigence, s'il parvient à démontrer qu'il a manifesté à l'acheteur la volonté d'exercer le réméré, et qu'il lui a offert ou fait offrir *réellement* le prix et les accessoires, le tout dans le délai fixé. Cette preuve devrait d'ailleurs être faite conformément au droit commun, c'est-à-dire que la preuve testimoniale ne serait pas admise au dessus de 150 fr. ; et, comme, d'autre part, il sera le plus souvent fort chanceux, vu le peu de confiance qu'inspirent ordinairement les acheteurs à réméré, de compter sur la preuve résultant de l'aveu du défendeur ou de son serment, il en résulte que le vendeur agira prudemment en se procurant une preuve écrite des offres qu'il fait à l'acheteur, c'est-à-dire en les lui faisant notifier par un huissier ou par un notaire. Il ne paraît pas d'ailleurs nécessaire que le vendeur, après avoir fait des offres réelles à l'acheteur, consigne son prix, si l'acheteur refuse de le recevoir. Il ne s'agit pas ici pour le vendeur du paiement d'une dette, mais bien de l'accomplissement d'une condition ; et ce sont par suite les principes relatifs à l'accomplissement des conditions, et non ceux relatifs au paiement des dettes, qu'il convient d'appliquer.

* La jurisprudence est même plus indulgente pour le vendeur à réméré. Elle le considère comme ayant fait tout ce qu'il était légalement tenu de faire pour accomplir la condition à laquelle est subordonnée la résolution de la vente, lorsqu'il s'est borné à adresser à l'acheteur dans le délai fixé des offres purement verbales, alors du moins « qu'il est constant que ces offres étaient sincères, et que le vendeur se trouvait en position de les réaliser immédiatement ». Cette solution se fonde principalement sur l'art. 1673, qui accorde à l'acheteur le droit de retenir la chose vendue jusqu'au remboursement effectif du prix et de ses accessoires. Ce droit de rétention, dit-on, est un non-sens dans le système qui exige des offres *réelles;* car alors, l'acheteur étant nécessairement remboursé, au moment même où s'effectue le rachat, de tout ce qu'il a le droit d'exiger du vendeur, il se trouverait que la loi lui accorde un droit de rétention alors qu'il n'a plus aucune créance. — Il suffit de remarquer, pour réfuter cet argument, que, parmi les diverses prestations auxquelles doit satisfaire le vendeur qui use de la faculté de rachat, il peut y en avoir qui ne soient pas liquides au moment où il agit, par exemple l'indemnité due à l'acheteur pour améliorations procédant de son chef. Tout ce que le vendeur peut faire en pareil cas, c'est d'offrir une somme, sauf à la parfaire plus tard. Eh bien! l'acheteur, qui prétend que la somme offerte est insuffisante, pourra user du droit de rétention jusqu'à ce que le vendeur ait payé le complément après liquidation de l'indemnité.

* Cet argument écarté, et sans parler des difficultés pratiques auxquelles peut donner lieu le système de la jurisprudence, sur le point de savoir si l'offre verbale du vendeur était sérieuse et s'il était en mesure de la réaliser immédiatement, ni de l'inconvénient qu'il peut y avoir à procurer au vendeur un moyen si simple d'allonger le délai du réméré, disons que ce système paraît ne pas tenir un compte suffisant

de la définition, donnée par l'art. 1659, de la faculté de rachat. Il semble bien en résulter que la condition résolutoire, à la réalisation de laquelle est subordonnée la vente à réméré, consiste dans le remboursement du prix et des accessoires, et non dans une promesse de remboursement. Or, quand le vendeur vient à dire à l'acheteur : « Je veux exercer le rachat et je suis prêt à vous rembourser », on comprend très bien que l'acheteur réponde : « Remboursez-moi, et remboursez-moi avant l'expiration du délai ; je ne suis pas obligé de me contenter d'une promesse que vous ne réaliserez peut-être pas ». Il paraît bien difficile de dire que l'acheteur, qui tient un pareil langage, puisse être considéré comme ayant empêché la réalisation de la condition, et qu'on puisse par suite lui appliquer l'art. 1178.

* D'ailleurs, dans le système qui considère les offres verbales comme suffisantes, à partir de quel moment la vente sera-t-elle résolue ? La cour de cassation considère la vente comme n'étant résolue qu'à partir du jour du remboursement effectif, eût-il été opéré après l'expiration du délai. Mais alors, comment expliquer le droit de rétention que l'art. 1673 accorde à l'acheteur ? Il aura donc un droit de rétention sur sa propre chose ! Ce serait une hérésie, dit un auteur, qui propose de considérer la vente comme résolue aussitôt que les offres auront été faites. A merveille ; mais supposons que le vendeur n'exécute pas ses offres ; il faudra donc que la justice prononce une nouvelle résolution de la vente au profit de l'acheteur, par application de l'art. 1184 !

590. Le droit d'user du pacte de rachat n'est pas exclusivement attaché à la personne du vendeur. De là il résulte :

1° Que le vendeur peut céder son droit ; il le cède implicitement en vendant la chose avant d'avoir exercé le réméré ;

2° Que les créanciers du vendeur peuvent exercer le droit de rachat de son chef, par application de l'art. 1166. Mais, s'ils usaient de ce droit alors qu'il existe dans le patrimoine de leur débiteur d'autres biens d'une valeur suffisante pour procurer leur paiement, ils pourraient se voir opposer l'art. 1666, ainsi conçu : « *Il* [l'acquéreur] *peut opposer le* » *bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur* ».

* Ce texte paraît avoir été surtout écrit en vue des créanciers exerçant du chef du vendeur l'action de réméré par application de l'art. 1166. S'il ne s'appliquait, comme on l'a prétendu, qu'aux créanciers ayant hypothèque du chef du vendeur sur l'immeuble vendu, il serait à peu près inutile en présence de l'art. 2170. D'ailleurs il paraît équitable que les créanciers du vendeur, quels qu'ils soient, avant d'inquiéter l'acquéreur en exerçant le réméré du chef de leur débiteur, cherchent à obtenir leur paiement sur les autres biens qui figurent dans le patrimoine de celui-ci.

591. Droits du vendeur à réméré. — « *Le vendeur à pacte de* » *rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même* » *la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat* » (art. 1664). L'acheteur à pacte de rachat, étant propriétaire sous condition résolutoire, n'a pu transférer à un tiers que des droits résolubles (arg. art. 2125). Le vendeur pourra donc exercer son droit de réméré contre un second, ajoutons *ou subséquent* acquéreur. Bien entendu, il devra remplir envers lui les mêmes conditions que s'il agissait contre l'acheteur primitif. Le sous-acquéreur ainsi évincé aura son recours en garantie tel que de droit contre son auteur.

D'ailleurs le vendeur conserve le droit d'agir par l'action personnelle contre l'acheteur à réméré qui, ayant aliéné la chose ne l'a plus en sa possession ; car l'acheteur n'a pas pu se soustraire par son fait personnel aux obligations résultant de son contrat. Le vendeur a donc alors une double action, personnelle contre l'acheteur, réelle contre le tiers détenteur (Cass., 17 février 1885, Sir., 85. 1. 311). On peut demander quel intérêt présentera pour le vendeur l'action personnelle contre l'acheteur qui n'est plus en possession. D'abord, lorsque la chose vendue à réméré est une chose mobilière corporelle, il se peut que l'action de réméré intentée contre le tiers possesseur échoue, si celui-ci invoque la maxime *En fait de meubles, la possession vaut titre.* Il ne sera pas inutile en pareil cas au vendeur, de pouvoir se retourner contre son acheteur dont l'obligation se résoudra en dommages et intérêts. Ensuite le vendeur peut avoir intérêt à agir contre l'acheteur primitif qu'il connaît, plutôt que contre le possesseur actuel qui peut-être est un homme processif.

592. Droits de l'acheteur à réméré. — « *L'acquéreur à pacte de » rachat exerce tous les droits de son vendeur; il peut prescrire tant » contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits » ou hypothèques sur la chose vendue* » (art. 1665). Le vendeur à réméré transmet à l'acheteur tous ses droits sur la chose vendue, sauf résolution pour le cas où le rachat serait exercé en temps utile. Notre article ne fait que déduire une double conséquence de ce principe. La chose vendue à réméré appartient-elle à autrui? l'acheteur pourra opposer, s'il y a lieu, la prescription au propriétaire revendiquant, soit qu'elle fût déjà accomplie au profit du vendeur lors de la vente, soit que, commencée seulement à cette époque, elle n'ait été complétée que depuis, par la possession de l'acheteur. La chose vendue à réméré est-elle grevée de droits réels, par exemple d'hypothèques? l'acheteur pourra également opposer la prescription à ceux qui invoquent ces droits, en joignant, si c'est nécessaire, sa propre possession à celle de son auteur, c'est-à-dire du vendeur.

* Le vendeur, qui a usé de la faculté de rachat, peut-il à son tour invoquer la possession de l'acheteur au point de vue de la prescription? La difficulté vient de ce que l'acheteur a réméré semble n'être pas l'*auteur* du vendeur; car il ne lui rétrocède pas la propriété : l'exercice du droit de rachat a seulement pour résultat de faire considérer l'acheteur comme n'ayant jamais été propriétaire. Alors comment le vendeur à réméré, qui a usé de son droit, pourrait-il invoquer l'art. 2235, aux termes duquel : « Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa posses- » sion celle de son *auteur...* » — Que l'acheteur à réméré ne soit pas l'auteur du vendeur quant à la propriété, c'est certain ; mais ne l'est-il pas du moins quant à la possession, puisqu'il lui transmet cette possession? D'ailleurs on peut dire que l'acheteur à réméré a possédé *pendente conditione* pour son compte ou pour celui du vendeur, *sibi aut alii;* car il savait bien que son droit était résoluble. La condition une fois accomplie par l'exercice du droit de rachat, il se trouve avoir possédé pour le compte du vendeur, comme aurait fait un fermier ou un locataire, et le vendeur peut par suite invoquer cette possession au point de vue de la prescription, parce qu'elle est la sienne.

593. Des prestations à effectuer par le vendeur qui use du pacte de rachat. — « *Le vendeur qui use du pacte de rachat, doit*

» *rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et* » *loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont* » *augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmenta-* » *tion. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces* » *obligations. — Lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet* » *du pacte de rachat, il le reprend exempt de toutes les charges et hypo-* » *thèques dont l'acquéreur l'aurait grevé : il est tenu d'exécuter les baux* » *faits sans fraude par l'acquéreur* ». Ainsi s'exprime l'art. 1673.

Le vendeur qui use du pacte de rachat doit donc rembourser à l'acheteur :

1° *Le prix principal.* La loi ne parle pas des intérêts ; donc le vendeur n'en est pas tenu. Ils se compensent avec les fruits de la chose, que l'acheteur a le droit de garder.

En principe, le prix à rembourser est celui moyennant lequel la vente a été faite ; mais les parties pourraient valablement convenir d'un prix différent. Cette solution, qui ne saurait faire de difficulté lorsque le prix fixé pour le rachat est inférieur à celui moyennant lequel la vente a été faite, doit être admise aussi dans le cas où il est supérieur ; à moins cependant qu'il ne soit établi en fait que cette stipulation déguise un prêt usuraire : ce qui aura lieu le plus souvent.

2° *Les frais et loyaux coûts de la vente.* Il n'y a pas de raison pour les laisser au compte de l'acheteur, puisque la vente est résolue.

3° *Les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation.* Les dépenses *nécessaires* doivent être remboursées intégralement à l'acheteur ; car si le vendeur avait gardé la chose, il aurait dû lui-même faire ces dépenses, qui sont des dépenses de conservation, et il aurait déboursé précisément ce qu'a déboursé l'acheteur. *Locupletior factus est quatenus proprix pecuniæ pepercit.* Quant aux dépenses *utiles* ou dépenses d'*amélioration,* le vendeur ne doit rembourser que la plus-value qu'elles ont procurée à l'immeuble. Si une dépense de cette nature faite par l'acheteur excède la plus-value, l'acheteur a fait une fausse spéculation dont il doit supporter les conséquences.

L'obligation pour le vendeur de rembourser la plus-value produite par les dépenses utiles le mettra quelquefois dans l'impossibilité d'exercer le réméré ; car la plus-value peut être considérable, et les propriétaires qui vendent à réméré sont en général des propriétaires gênés. C'est peut-être là précisément le but que s'est proposé l'acheteur en faisant ces impenses. Si le vendeur en fournit la preuve, le dol de l'acheteur sera par cela même établi ; et, comme nul ne doit profiter de son dol, il y a lieu de décider qu'en pareil cas le vendeur pourrait exercer le réméré sans être obligé de rembourser les dépenses d'amélioration ; sauf le droit pour l'acheteur d'enlever les plantations et constructions qu'il a faites, à la charge de rétablir les lieux dans leur ancien état.

La loi ne parle pas des dépenses *voluptuaires.* Conformément au droit commun, l'acheteur ne peut pas en exiger le remboursement ; il a seulement le *jus tollendi* (arg. art. 599).

L'acheteur n'a pas droit non plus au remboursement des dépenses d'entretien ; elles restent à son compte, comme charge des fruits qu'il a perçus et qu'il conserve.

594. Nous venons de dire que l'acheteur, contre lequel le réméré est exercé, n'est pas obligé de restituer les fruits avec la chose. La loi ne le déclare pas expressément ; mais elle le donne très clairement à entendre en dispensant le vendeur de restituer les intérêts du prix (argument des mots *le prix principal,* art. 1673). Si le vendeur peut retenir les intérêts du prix, qui en représentent la jouissance *pendente conditione,* l'acheteur doit pouvoir, en vertu d'une juste réciprocité, retenir les fruits de la chose, qui en représentent la jouissance durant cette même période. Sur l'un comme sur l'autre point, l'application rigoureuse des principes aurait conduit à une solution opposée ; car, la vente étant résolue, tout devrait être remis au même état que si la vente n'avait jamais eu lieu, par conséquent l'acheteur devrait restituer les fruits, et le vendeur payer les intérêts du prix. Mais cette solution aurait été contraire à l'intention probable des parties, qui ont vraisemblablement entendu qu'il s'opérât une compensation dans les jouissances du temps passé, et voilà pourquoi la loi ne l'a pas admise.

Quand la chose vendue à réméré produit des fruits civils, le principe de la compensation des jouissances s'appliquera sans difficulté : l'acheteur conservera une portion des fruits exactement proportionnelle à la durée de sa jouissance. Mais que décider, si les fruits produits par la chose pendant le délai du réméré sont des fruits naturels ou des fruits industriels ? Ainsi l'immeuble vendu à réméré consiste en un bois taillis qui s'exploite tous les dix ans. Pendant les cinq années qu'a duré sa jouissance, l'acheteur a fait une coupe ; dira-t-on qu'il a le droit de garder tout le produit de cette coupe, qui représente une jouissance de dix années ? En sens inverse, si, pendant ces cinq années, l'acheteur n'a pas fait de coupe, dira-t-on qu'il n'a droit à rien, parce qu'il n'a rien perçu ? On pourrait essayer de le soutenir, en argumentant par analogie de l'art. 585, duquel il résulte que les fruits naturels et industriels s'acquièrent par la perception. Mais cette règle, écrite en vue de l'usufruit, n'a pas nécessairement force obligatoire en dehors de cette hypothèse. Son application dans l'espèce qui nous occupe, conduirait d'ailleurs à un résultat d'autant plus injuste que, le vendeur étant le maître de choisir son heure pour l'exercice du droit de réméré, il dépendrait de lui d'en user au moment le plus défavorable pour l'acheteur, à la veille d'une récolte par exemple. Et comme d'autre part la loi, en admettant le principe de la compensation des jouissances, paraît s'être inspirée de l'intention probable des parties contractantes, et qu'il est difficile de supposer qu'elles aient pu vouloir une telle iniquité, nous concluons qu'il y aurait lieu d'appliquer ici par analogie la règle écrite en l'art. 1571, qui, dans l'hypothèse particulière qu'il prévoit, assimile, au point de vue de leur acquisition, les fruits naturels et industriels aux fruits civils. Finalement, l'acheteur à réméré aurait droit à une part des fruits, *de quelque nature qu'ils soient,* exactement proportionnelle à la durée de sa jouissance. L'acheteur gagne les fruits, parce que le vendeur gagne les intérêts du prix ; il est juste qu'il les gagne dans la même proportion.

595. L'acheteur, qui a droit à une indemnité pour ses impenses, en doit une à raison des détériorations qu'il a fait subir à la chose par sa faute ou même par son fait. Cette indemnité viendrait en déduction des sommes dont le vendeur lui doit la restitution.

596. Rappelons que la loi accorde à l'acheteur un droit de rétention sur la chose vendue, juqu'au paiement effectif de toutes les sommes dont le vendeur lui doit le remboursement aux termes de l'art. 1673.

597. Effets du réméré. — L'exercice du droit de réméré, ou, comme le dit l'art. 1673, l'usage du pacte de rachat, produit les effets d'une condition résolutoire accomplie. Toutes choses sont donc remises au même état que si la vente n'avait pas eu lieu (art. 1183). De là résultent les conséquences suivantes :

a. — L'acheteur est réputé n'avoir jamais été propriétaire de la chose vendue; par suite tous les droits qu'il a consentis sur la chose sont considérés comme non avenus, en vertu de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (art. 2125). Et toutefois la loi admet une exception à cette règle en ce qui concerne les baux faits sans fraude par l'acheteur : ces baux sont maintenus (art. 1673). Autrement l'acheteur n'aurait pu trouver ni locataires ni fermiers, ou n'en aurait trouvé que dans les plus mauvaises conditions, un locataire ou un fermier sérieux exigeant toujours qu'on lui garantisse une jouissance d'une certaine durée.

b. — Le vendeur est réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire de la chose vendue. D'où il suit notamment : 1° que le vendeur reprend la chose avec tous les accroissements qu'elle a pu recevoir en vertu de causes naturelles, telles que l'alluvion ; 2° que toutes les charges consenties par le vendeur pendant le délai du réméré doivent être maintenues; 3° que le vendeur, qui recouvre la chose par l'effet du réméré, n'a pas de droit de mutation à payer à l'Etat. Quant à celui qui a été payé par l'acheteur à réméré, le fisc devrait le restituer par application de notre principe ; mais il le garde d'après cet autre principe supérieur de nos lois fiscales : qu'un droit d'enregistrement régulièrement perçu n'est pas sujet à restitution (loi du 22 frimaire an VII, art. 60). Nous savons que l'acheteur a le droit d'en exiger le remboursement du vendeur.

Hypothèses particulières.

598. Les hypothèses particulières que nous allons maintenant étudier sont prévues par les art. 1667 à 1672.

Première hypothèse. « *Si l'acquéreur à pacte de réméré d'une partie indivise d'un » héritage, s'est rendu adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre » lui, il peut obliger le vendeur à retirer le tout lorsque celui-ci veut user du pacte* » (art. 1667).

Voici l'espèce prévue et réglée par ce texte. Je suis copropriétaire par indivis avec *Primus* de l'immeuble A ; je vous vends avec faculté de rachat ma moitié indivise pour 10,000 fr.; pendant la durée du délai fixé pour l'exercice du droit de rachat et avant que j'aie usé de ce droit, *Primus* provoque contre vous la licitation de l'immeuble, qui, on le suppose, n'est pas partageable en nature, et vous vous en portez adjudicataire moyennant une somme de 24,000 fr., sous l'obligation par conséquent de payer à *Primus* une somme de 12,000 fr., représentant sa part dans le prix de la licitation ; après que vous avez payé cette somme à *Primus*, j'use du pacte de rachat. Vous pourrez me forcer à retirer le tout, et à vous rembourser par conséquent, outre le prix de 10,000 fr. et les accessoires, la somme de 12,000 fr, que

vous avez payée à *Primus*. C'est là une dépense nécessaire, que vous avez été obligé de faire pour la conservation de la chose; car, si vous ne vous étiez pas porté adjudicataire, un autre le serait devenu, et vous auriez perdu la portion indivise que je vous avais vendue; or, aux termes de l'art. 1673, l'acheteur a droit au remboursement des dépenses nécessaires qu'il a faites.

L'art. 1667 paraît consacrer une simple faculté pour l'acheteur : « il *peut* obliger » le vendeur à retirer le tout », dit la loi. L'acheteur nous semble donc avoir le droit, s'il y trouve son profit, de conserver la portion indivise dont il a fait l'acquisition en se portant adjudicataire, auquel cas il se trouvera dans l'indivision avec le vendeur lorsque celui-ci aura usé de la faculté de rachat.

La loi suppose que la licitation a été provoquée contre l'acheteur, et par suite qu'il a été forcé de la subir. Si elle avait été provoquée par lui, il n'aurait pas le droit, au cas où il se serait porté adjudicataire, de forcer le vendeur à retirer le tout.

Deuxième hypothèse. Elle est prévue par les art. 1668 à 1670, ainsi conçus :

Art. 1668. *Si plusieurs ont vendu conjointement, et par un seul contrat, un héritage commun entre eux, chacun ne peut exercer l'action en réméré que pour la part qu'il y avait.*

Art. 1669. *Il en est de même, si celui qui a vendu seul un héritage a laissé plusieurs héritiers. — Chacun de ces cohéritiers ne peut user de la faculté de rachat que pour la part qu'il prend dans la succession.*

Art. 1670. *Mais, dans le cas des deux articles précédents, l'acquéreur peut exiger que tous les covendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier; et s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande.*

Plusieurs copropriétaires ont vendu avec faculté de rachat un héritage commun entre eux; la vente a été faite conjointement et pour un prix unique. Ou bien, un héritage ayant été vendu avec faculté de rachat par une personne qui en était seule propriétaire, le vendeur décède laissant plusieurs héritiers. Chaque covendeur ou chaque cohéritier ne pourra exercer le rachat que pour sa part, l'action en réméré se divisant entre les covendeurs ou les cohéritiers proportionnellement au droit de chacun, parce que la chose vendue, que la loi suppose être un héritage, est divisible, au moins intellectuellement (arg. art. 1220). Mais, comme l'acheteur a dû compter, à raison des conditions dans lesquelles il a fait l'acquisition (ayant acheté d'un seul vendeur, ou de plusieurs covendeurs qui lui ont vendu conjointement et pour un prix unique), qu'il subirait le rachat pour le total ou qu'il ne le subirait pas du tout, l'acheteur, contre lequel un seul des covendeurs ou des cohéritiers veut exercer le réméré pour sa part, peut « exiger que tous les covendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier; et, s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande ». Il y aura conciliation entre les covendeurs ou les cohéritiers, s'ils se mettent tous d'accord pour exercer le rachat, ou si ceux qui ne veulent pas l'exercer cèdent leur droit aux autres; ceux-ci agiront alors pour le total.

* Mais voilà que, la conciliation n'ayant pas pu s'établir entre les covendeurs ou les cohéritiers, un seul ou quelques-uns offrent d'exercer le rachat pour le tout. Peuvent-ils forcer l'acquéreur à le subir? La négative paraît résulter de l'art. 1670, qui déclare que l'acquéreur sera renvoyé de la demande, si les covendeurs ou les cohéritiers ne se concilient pas. Mais pourquoi? Probablement parce que, si l'un des covendeurs ou des cohéritiers pouvait exercer le rachat pour le tout, il exproprierait ses consorts du droit qui leur appartient de l'exercer pour leur part. Sans doute ceux-ci ne peuvent pas agir actuellement; mais ils entendent peut-être se réserver le droit de le faire plus tard, jusqu'au dernier moment du délai, si une

conciliation devient possible entre les divers ayant droit. Aussi faudrait-il peut-être décider que, si un ou plusieurs des covendeurs ou des cohéritiers avaient formellement renoncé au droit d'exercer le retrait, les autres pourraient l'exercer pour le total.

Le droit commun reprendrait complètement son empire, si, au lieu de vendre conjointement et pour un seul et même prix l'héritage commun entre eux, les copropriétaires avaient vendu chacun séparément leur part : ce qui arrive, non seulement lorsque chaque copropriétaire a vendu par un contrat séparé, mais aussi lorsque tous ont vendu par un même contrat et en stipulant autant de prix distincts qu'il y a de vendeurs. Il y aurait alors plusieurs ventes à réméré distinctes les unes des autres, et chaque covendeur pourrait exercer séparément le retrait pour la part qu'il a vendue, sans que l'acheteur pût exiger un rachat total. C'est ce qui résulte de l'art. 1671, ainsi conçu : « *Si la vente d'un héritage appartenant à plusieurs n'a* » *pas été faite conjointement et de tout l'héritage ensemble, et que chacun n'ait* » *vendu que la part qu'il y avait, ils peuvent exercer séparément l'action en réméré* » *sur la portion qui leur appartenait ; — Et l'acquéreur ne peut forcer celui qui* » *l'exercera de cette manière, à retirer le tout* ».

Troisième hypothèse. « *Si l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré* » *ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, dans le cas où elle est* » *encore indivise, et dans celui où la chose vendue a été partagée entre eux. —* » *Mais, s'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose vendue soit échue au lot de* » *l'un des héritiers, l'action en réméré peut être intentée contre lui pour le tout* » (art. 1672).

SECTION II

DE LA RESCISION DE LA VENTE POUR CAUSE DE LÉSION

I. *Quelles ventes sont rescindables pour cause de lésion.*

599. En principe, la lésion n'est pas, dans notre droit, une cause de rescision des conventions. L'art. 1118, qui formule cette règle, annonce qu'elle souffre exception à l'égard de certains contrats. Ces contrats sont le partage et la vente d'immeubles. L'art. 1674 dit au sujet de cette dernière : « *Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans* » *le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la* » *vente...* »

= *De plus de sept douzièmes.* Ainsi il y aura lieu à la rescision, si un immeuble dont le juste prix est de 12 a été vendu moins de 5, auquel cas le vendeur est lésé de plus de 7 sur 12, par conséquent de plus de sept douzièmes. La rescision ne serait pas possible, si l'immeuble, dans l'espèce proposée, avait été vendu pour une somme égale à 5 ; car il y aurait alors, au préjudice du vendeur, une lésion de sept douzièmes tout juste, et non de *plus de sept douzièmes,* comme la loi l'exige.

On voit qu'il faut une lésion beaucoup plus forte pour obtenir la rescision de la vente d'un immeuble que pour obtenir la rescision d'un partage ; dans cette dernière hypothèse, une lésion de plus du quart, soit de plus de trois douzièmes, suffit. Cette différence s'explique tout

naturellement : l'égalité doit être plus rigoureusement observée dans le partage, qui est un acte de *liquidation,* par lequel chacun cherche à obtenir ce qui lui revient, que dans la vente, acte de *spéculation,* dans lequel chacun cherche à réaliser un profit.

On a donné soit lors de la confection de la loi, soit depuis, beaucoup de mauvaises raisons pour justifier la dérogation au droit commun, que la loi établit en déclarant les ventes d'immeubles rescindables pour cause de lésion. Il est peut-être difficile d'en trouver de bonnes. Aussi d'excellents esprits pensent-ils que cette cause de rescision devrait disparaître de nos lois. Le législateur paraît avoir considéré que le propriétaire, qui consent à vendre moins de cinq un immeuble valant douze, n'accepte des conditions aussi inacceptables que sous l'empire d'une contrainte morale à laquelle il lui a été impossible de résister. Le besoin d'argent, qui est souvent impérieux, l'a forcé de vendre, n'importe à quel prix. Son consentement se trouvant ainsi profondément vicié, la loi vient à son secours en l'autorisant à demander la rescision de la vente.

600. Et comme, sous l'empire de la contrainte morale dont il vient d'être parlé, un propriétaire aux abois accepte toutes les conditions qu'on veut lui imposer, et que l'acheteur n'aurait pas manqué, si la loi n'y eût mis bon ordre, de faire insérer dans le contrat des clauses destinées à ravir au vendeur le bénéfice de notre disposition, l'art. 1674 2e partie, protégeant le vendeur contre sa propre faiblesse, annule toute clause du contrat, par laquelle il renoncerait directement ou indirectement à l'action en rescision : « *Il a le droit de demander la* » *rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans* » *le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait* » *déclaré donner la plus-value* ».

601. La loi annule tout d'abord la clause, par laquelle le vendeur aurait expressément renoncé *dans le contrat* à la faculté de demander cette rescision.

Les mots *dans le contrat* donnent à entendre que la renonciation du vendeur serait valable, si elle était faite après coup, en dehors du contrat. Et toutefois à cet égard certaines précisions sont nécessaires.

La renonciation à l'action en rescision, que le vendeur fait postérieurement à la vente, ne peut être qu'une confirmation de ce contrat. Or il est de principe que la confirmation d'un acte nul n'est valable qu'autant qu'elle n'est pas atteinte du même vice que l'acte qu'il s'agit de confirmer. On doit en conclure que la renonciation dont il s'agit sera nulle, toutes les fois que le vendeur l'aura consentie sous l'empire de la contrainte morale qui l'a forcé de vendre à vil prix.

D'après cela, il y aurait lieu de déclarer nulle la renonciation à l'action en rescision, que le vendeur aurait faite *à titre gratuit* avant d'avoir reçu le paiement du prix de la vente ou au moment de recevoir ce paiement. En effet l'acheteur était maître de la situation tant que le prix n'était pas payé. Après avoir spéculé une première fois sur la détresse du vendeur, pour lui arracher une vente à vil prix, il a sans doute fait une seconde spéculation du même genre, pour le forcer à renon-

cer à son action en rescision, au moment où il est venu demander le paiement du prix; il lui a dit : Je sais que vous avez un besoin impérieux d'argent; si vous voulez que je vous paye, renoncez à votre action en nullité. Et le vendeur a renoncé.

Nous croyons qu'il y aurait lieu d'annuler également, par application du même principe, la renonciation que le vendeur aurait faite *à titre onéreux* soit avant, soit même après le paiement du prix, mais moyennant une somme, qui, réunie à ce prix, se trouverait être inférieure aux cinq douzièmes de la juste valeur de l'immeuble. C'est pour obtenir un peu d'argent, dont il avait un besoin impérieux, que le vendeur a consenti cette renonciation; il a pris ce que l'acheteur a bien voulu lui donner, et si, malgré ce supplément, il se trouve encore lésé de plus de sept douzièmes, la protection de la loi ne doit pas lui faire défaut.

Mais il en serait autrement, si le vendeur avait renoncé gratuitement à l'action en rescision après avoir reçu le paiement du prix. Faite dans ces conditions, la renonciation a été nécessairement volontaire et libre, et on ne verrait aucun motif pour qu'elle ne couvrît pas l'action en nullité.

602. Notre texte annule en second lieu la clause du contrat, par laquelle le vendeur aurait déclaré *donner la plus-value* à l'acheteur. La loi ne voit dans cette clause qu'une renonciation déguisée à l'action en rescision, arrachée par l'acheteur à la faiblesse du vendeur.

Toutefois il faut s'entendre. Le législateur, en édictant la disposition qui nous occupe, ne s'est certainement pas proposé d'interdire la donation indirecte qu'une personne voudrait faire à une autre en lui vendant son bien à vil prix. Si donc il était démontré que le vendeur a eu l'intention sérieuse de faire une donation, il ne pourrait pas, se repentant plus tard de l'avantage qu'il a procuré à l'acheteur, faire rescinder la vente pour cause de lésion. « Ce que la loi frappe, dit fort bien M. Colmet de Santerre, c'est la donation fictive couvrant une renonciation déguisée à la rescision ».

603. L'art. 1674 ne parle que des ventes d'immeubles. Donc les ventes de meubles ne sont pas rescindables pour cause de lésion. Encore un écho de la maxime *Res mobilis, res vilis*. Ici, comme dans bien d'autres cas, le législateur protège la fortune mobilière moins énergiquement que la fortune immobilière. Peut-être aussi le secours de la rescision a-t-il paru moins nécessaire pour les ventes de meubles, parce qu'ils peuvent être plus facilement vendus à leur juste prix, leur nature permettant de les transporter d'un lieu où il n'y a pas d'acheteurs dans un autre où les acheteurs abondent.

Mais toutes les ventes d'immeubles sont rescindables pour cause de lésion, car la loi ne distingue pas : par conséquent même les ventes d'immeubles incorporels, comme une servitude, un usufruit immobilier.

Si des meubles et un immeuble ont été vendus par un seul et même contrat et moyennant un prix unique, la vente pourra-t-elle être rescindée pour cause de lésion? Oui, si la partie du prix afférente à l'immeuble est inférieure aux cinq douzièmes de sa valeur réelle. Dans ce cas, la vente ne sera rescindée que quant à l'immeuble; car les ventes de meubles ne sont pas rescindables pour cause de lésion. Reste à savoir comment on déterminera la part du prix afférente à l'immeuble; ce sera à l'aide d'une ventilation.

* **604.** La vente d'un immeuble peut être *aléatoire,* c'est-à-dire qu'elle peut

présenter des chances de gain et de perte, soit parce qu'il n'est pas possible d'apprécier exactement la valeur de la chose vendue, comme s'il s'agit de la vente d'un usufruit ou même d'une nue propriété, soit parce que l'on ne peut pas savoir si le prix est la contre-valeur exacte de la chose, ce qui arrive notamment quand la vente est faite moyennant une rente viagère. De semblables ventes sont-elles susceptibles d'être rescindées pour cause de lésion de plus de sept douzièmes? En principe, il faut répondre négativement; car la nature aléatoire du contrat ne permet pas d'établir avec certitude le rapport existant entre le prix qui a été stipulé par le vendeur et le juste prix. Cependant, si, en admettant la réalisation des chances les plus favorables pour le vendeur, il se trouvait encore lésé de plus de sept douzièmes, il devrait être admis à demander la rescision de la vente. C'est ce qui arriverait par exemple, si un immeuble non sujet à dépérissement était vendu moyennant une rente viagère dont les arrérages annuels seraient inférieurs au revenu net du fonds (Caen, 6 janvier 1879, Sir., 79. 2. 184; Lyon, 10 juin 1875, Sir., 76. 2. 119).

605. A quelle époque il faut se placer pour apprécier la lésion. — Pour savoir si un contrat est atteint de quelque vice susceptible d'en faire prononcer la nullité, il faut évidemment se reporter à l'époque où ce contrat a été passé. Il en résulte que, pour apprécier l'importance de la lésion subie par le vendeur, le juge, saisi de la demande en rescision, et les experts, de l'avis desquels la loi l'oblige à s'éclairer (art. 1678 et s.), doivent considérer l'état de choses existant lors de la vente, rechercher quel était alors le juste prix de l'immeuble et le comparer avec celui qu'a stipulé le vendeur. C'est ce que dit en substance l'art. 1675, ainsi conçu : « *Pour savoir s'il y a lésion* » *de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état* » *et sa valeur au moment de la vente* ».

= *Suivant son état.* C'est-à-dire d'après sa situation matérielle lors de la vente. Il faut reconstituer par la pensée l'immeuble tel qu'il était alors, en faisant abstraction des améliorations ou des détériorations provenant soit d'un cas fortuit, soit du fait de l'acheteur.

= *Suivant sa valeur au moment de la vente.* Ce qui signifie que l'estimation de l'immeuble devra être faite d'après le prix courant des immeubles de même nature lors de la vente; ce prix a pu varier depuis lors.

606. Exception à la règle. — Le principe, que les ventes d'immeubles sont rescindables pour lésion de plus de sept douzièmes, souffre une exception. Nous la trouvons formulée dans l'art. 1684 : « *Elle* [la rescision] *n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne* » *peuvent être faites que d'autorité de justice* ». La raison, s'il y en a une, est qu'en supposant la vente rescindée, il faudrait procéder à une nouvelle vente; et, comme elle devrait nécessairement être faite dans la même forme que la première, elle n'offrirait pas plus de garanties pour le vendeur, qui serait même exposé à y subir une lésion plus forte.

L'art. 1684 ne dit pas que les ventes d'immeubles cessent d'être rescindables pour cause de lésion, *toutes les fois qu'elles sont faites en justice,* mais bien, ce qui est

tout différent, *toutes les fois qu'elles ne peuvent pas être faites autrement.* En d'autres termes, parmi les ventes d'immeubles faites en justice, il y en a qui, par exception au droit commun, ne sont pas rescindables pour cause de lésion : ce sont celles dans lesquelles l'intervention de la justice était exigée par la loi, par exemple les ventes sur expropriation forcée et celles d'immeubles appartenant à des mineurs ou à des interdits. Il y en a d'autres, au contraire, qui demeurent soumises au droit commun en ce qui concerne la rescision pour cause de lésion : ce sont celles dans lesquelles l'intervention de la justice a été requise par la libre volonté des parties intéressées, qui auraient pu procéder à une vente amiable, par exemple la licitation judiciaire d'un immeuble appartenant par indivis à des cohéritiers qui sont tous présents, majeurs et maîtres de leurs droits.

607. « *La rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur* » (art. 1683). On est souvent forcé de vendre, mais on n'est jamais forcé d'acheter ; celui qui consent à payer un immeuble plus qu'il ne vaut ne peut donc pas se dire victime d'une contrainte morale qui a vicié son consentement. Il a voulu satisfaire un caprice, et le vendeur, qui tenait peut-être beaucoup à sa chose, a pu en exiger un prix très élevé, sans qu'il y ait lieu de lui reprocher même une indélicatesse. La loi ne devait donc pas venir au secours de l'acheteur.

II. *Dans quel délai l'action en rescision doit être intentée.*

608. Aux termes de l'art. 1676 al. 1 : « *La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente* ».

C'est une dérogation aux règles du droit commun, d'après lesquelles l'action en rescision peut être intentée pendant dix ans (art. 1304). Cette dérogation, assez difficile à justifier d'ailleurs, paraît avoir été admise à titre de transaction entre les partisans et les adversaires de la rescision pour cause de lésion, les premiers voulant le maintien du droit commun en ce qui concerne le délai, et les seconds demandant que le délai fût réduit à six mois ou un an.

L'art. 1676 ajoute : « *Ce délai court contre les femmes mariées, et* » *contre les absents, les interdits, et les mineurs venant du chef d'un* » *majeur qui a vendu* ».

C'était inutile à dire, en ce qui concerne les femmes mariées et les absents, puisque, de droit commun, la prescription court contre eux. La disposition présente au contraire une utilité incontestable en ce qui concerne les mineurs et les interdits, au profit desquels la prescription est ordinairement suspendue (art. 2252).

609. Une même vente peut être à la fois résoluble comme faite à réméré et rescindable pour cause de lésion. Le délai du réméré et le délai de l'action en rescision courront alors simultanément. « *Ce délai* » [le délai de l'action en rescision] *court aussi et n'est pas suspendu* » *pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat* », dit l'art. 1676 al. 3.

Il y a, entre la résolution provenant de l'exercice de la faculté de rachat et la rescision pour cause de lésion, des différences considérables, qui engageront le vendeur, auquel appartient le choix, à prendre tantôt l'une tantôt l'autre voie. D'abord, le délai imparti pour l'exercice de chacun de ces droits sera ordinairement différent ;

car le réméré peut être stipulé pour cinq ans, tandis que l'action en rescision pour cause de lésion dure invariablement deux années ; il pourra donc arriver que le vendeur soit forclos du droit d'agir en rescision, alors qu'il sera encore dans le délai pour user du pacte de rachat, ou réciproquement. — D'autre part, en usant du pacte de rachat, le vendeur est certain de reconquérir le bien qu'il a aliéné, tandis qu'il n'a pas cette certitude lorsqu'il exerce l'action en rescision, l'acheteur pouvant garder l'immeuble en payant le supplément du juste prix sous une certaine déduction (art. 1681); or il y a des cas dans lesquels le vendeur a un intérêt majeur à reprendre son bien, soit parce qu'il y attache un grand prix d'affection, soit parce que le bien a considérablement augmenté de valeur depuis la vente par suite d'événements indépendants du fait de l'acheteur; la voie du réméré sera alors préférable. Enfin le vendeur, qui use du pacte de rachat, doit rembourser à l'acheteur les frais et loyaux coûts du contrat (art. 1673), tandis que ce remboursement n'est pas dû à l'acheteur, au cas de rescision pour cause de lésion (v. n. 614).

III. *Procédure de la demande en rescision.*

610. La rescision pour cause de lésion d'une vente immobilière doit être demandée en justice. C'est au demandeur qu'il appartient de prouver la lésion, conformément à la règle *Actoris est probare*. La justice n'admet le demandeur à faire cette preuve qu'autant que sa prétention est rendue vraisemblable par la gravité des faits qu'il articule. L'art. 1677 dit à ce sujet : « *La preuve de la lésion ne pourra être* » *admise que par jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés seraient* » *assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion* ». Ainsi le vendeur qui demande la rescision articulera ce fait, que l'immeuble a été vendu trois fois plus cher par un propriétaire antérieur, ou qu'il est affermé pour un prix correspondant à un capital quadruple de celui moyennant lequel il a été vendu.... Si les faits articulés par le demandeur ne rendaient pas sa prétention vraisemblable, le tribunal ne devrait pas admettre la preuve de la lésion : ce qui entraînerait implicitement le rejet de la demande en rescision.

En supposant que le tribunal ait admis la preuve de la lésion, comment devra-t-elle être faite? *Cette preuve ne pourra se faire que par un rapport de trois experts* », dit l'art. 1678 1re partie. Les juges ne pourraient donc pas, quoi qu'on en ait dit, prononcer la rescision sans s'éclairer préalablement de l'avis des experts. Cela paraît d'autant plus certain qu'on a supprimé de la rédaction définitive, sur les observations du Tribunat, une disposition adoptée par le conseil d'Etat et ainsi conçue : « Pourront néanmoins les juges rescinder un acte de vente sans qu'il soit besoin d'experts, lorsqu'une lésion suffisante sera déjà établie par la preuve littérale ».

« *Les trois experts seront nommés d'office, à moins que les parties ne se soient* » *accordées pour les nommer tous les trois conjointement* » (art. 1680). Ils « *seront* » *tenus de dresser un seul procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à* » *la pluralité des voix* » (art. 1678 *in fine*). — « *S'il y a des avis différents, le procès-* » *verbal en contiendra les motifs, sans qu'il soit permis de faire connaître de quel* » *avis chaque expert a été* » (art. 1679). Cette dernière disposition est destinée à assurer l'indépendance des experts.

Quand les experts auront donné leur avis, le tribunal sera en mesure de se prononcer sur l'admission ou le rejet de la demande en rescision. Ici comme ailleurs, l'avis des experts n'est pas obligatoire pour le juge (C. pr. art. 323). *Dictum expertorum nunquam transit in judicium.* Les juges doivent prendre l'avis des experts; mais ils ne sont pas obligés de le suivre.

IV. *Effets de la rescision prononcée en justice.*

611. « *Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a* » *le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou* » *de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la* » *déduction du dixième du prix total. — Le tiers possesseur a le même* » *droit, sauf sa garantie contre son vendeur* » (art. 1681).

L'acheteur, contre lequel la rescision de la vente a été prononcée, jouit donc d'un droit d'option dont il nous faut successivement étudier les deux termes.

612. Premier terme. *L'acheteur préfère garder le fonds.* Il doit alors payer le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total. Ainsi un immeuble, dont le juste prix est de 100, a été vendu 40; le vendeur obtient la rescision de la vente pour cause de lésion. L'acheteur, s'il veut garder l'immeuble, devra payer un supplément de 50, qui, réuni au prix de la vente, formera un total de 90, chiffre égal au juste prix moins un dixième. Cette déduction d'un dixième représente le bénéfice légitime de l'acheteur.

La loi n'autorise pas une semblable déduction au profit du copartageant, qui veut échapper à l'action en rescision du partage en payant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire (art. 891). La raison en est que le partage est un acte de liquidation, dans lequel l'égalité entre les contractants est beaucoup plus rigoureusement exigée que dans la vente, acte de spéculation où chacun cherche à réaliser un profit.

Lorsque l'acheteur est décidé d'ores et déjà à garder le fonds, il n'est pas obligé d'attendre, pour manifester sa volonté, que la rescision soit prononcée; il peut prendre les devants, et arrêter le cours de l'action, en offrant et en payant le supplément du juste prix, sous la déduction dont il vient d'être parlé. Arg. art. 891.

« *Si l'acquéreur préfère garder la chose en fournissant le supplément* » *réglé par l'article précédent, il doit l'intérêt du supplément, du jour* » *de la demande en rescision* » (art. 1682 al. 1). Jusque-là l'acheteur a pu se croire propriétaire incommutable; dans cette persuasion il a probablement consommé les fruits par lui perçus, et il y aurait eu quelque rigueur à l'obliger de tenir compte au vendeur d'une partie de ces fruits sous forme d'intérêts.

613. Deuxième terme du droit d'option. *L'acheteur préfère laisser la rescision produire ses effets.* Alors il restitue la chose, et le vendeur lui restitue le prix.

Rationnellement, puisque la vente est rescindée et censée par suite n'avoir jamais existé, on aurait dû imposer à l'acheteur la restitution des fruits et au vendeur la restitution des intérêts du prix, à dater du jour du contrat, en supposant bien entendu une vente exécutée immédiatement de part et d'autre. Mais la loi admet la compensation des jouissances jusqu'à la demande en rescision. C'est donc seulement à

dater de cette époque que l'acheteur, d'une part, devra la restitution des fruits, et le vendeur, d'autre part, celle des intérêts. Cette décision est contenue dans l'art. 1682 al. 2 et 3, qui s'exprime ainsi : « *S'il* » [l'acheteur] *préfère la rendre et recevoir le prix, il rend les fruits du* » *jour de la demande. — L'intérêt du prix qu'il a payé, lui est aussi* » *compté du jour de la même demande, ou du jour du paiement, s'il n'a* » *touché aucuns fruits* ».

Remarquons la disposition finale de notre texte, qui, pour le cas où l'acheteur n'a touché aucuns fruits, lui donne droit à la restitution des intérêts du prix à compter du paiement. Cela s'explique à merveille, quand, la chose étant frugifère, la demande en rescision survient avant que l'acheteur ait pu faire aucune récolte. En pareil cas, le vendeur profitant de tous les fruits produits par le fonds depuis la vente, il ne serait pas juste qu'il pût conserver en outre les intérêts du prix depuis qu'il en a reçu le paiement, cumulant ainsi deux jouissances, celle de la chose et celle du prix. Mais la disposition de la loi prête à la critique pour le cas où la chose n'est pas frugifère, par exemple si c'est une propriété d'agrément. Comment expliquer alors que l'acheteur, qui a joui de la chose depuis la vente en s'en servant pour l'usage auquel elle était destinée, ait le droit de se faire restituer les intérêts du prix à dater du jour où il l'a payé? Il se trouvera ainsi, en définitive, avoir eu à la fois la jouissance de la chose et celle du prix.

614. Bien que la loi ne le dise pas, il est certain que l'acheteur, qui préfère rendre la chose, a droit, outre la restitution du prix et des intérêts, à la bonification des impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites. Les premières devront lui être remboursées en totalité, les secondes, jusqu'à concurrence seulement de la plus-value qu'elles ont produite. C'est le droit commun.

Mais l'acheteur n'aurait pas droit au remboursement des frais et loyaux coûts du contrat. La loi, qui autorise l'acheteur à réméré à réclamer ce remboursement (art. 1673), garde ici un silence significatif. On s'explique d'ailleurs facilement qu'elle se soit montrée moins favorable à l'acheteur qui subit la rescision pour lésion de plus de sept douzièmes, qu'à l'acheteur dont le droit est résolu par l'exercice de la faculté de rachat. Le premier spécule en effet encore plus malhonnêtement que le second sur la détresse du vendeur.

L'acheteur, qui, la rescision une fois prononcée, opte pour la restitution de l'immeuble, a-t-il, de même que l'acheteur à réméré (art. 1673), le droit de rétention jusqu'au paiement effectif de toutes les prestations que la loi impose au vendeur? Plusieurs le lui refusent, sur ce fondement que le droit de rétention aboutit à un véritable privilège, et qu'il n'y a pas de privilège sans texte. Est-il bien vrai qu'il n'existe pas de texte accordant ici le droit de rétention à l'acheteur? L'art. 1681 dispose que l'acheteur peut « rendre la chose *en retirant le prix qu'il en a payé* »; n'est-ce pas dire qu'il n'est obligé de rendre la chose qu'autant qu'on lui restitue le prix? La jurisprudence est en ce sens.

615. Lorsque l'acheteur laisse la rescision produire ses effets, faute d'user de la faculté que la loi lui accorde de maintenir la vente en payant un supplément de prix, la vente est rétroactivement anéantie; elle est censée n'avoir jamais existé. D'où il suit que les aliénations et les constitutions de droits réels faites par l'acheteur, doivent être considérées comme non avenues. On voit que l'action en rescision pour cause de lésion, bien qu'elle soit personnelle et qu'elle doive à ce titre

être intentée dans tous les cas contre l'acheteur, est de nature à réfléchir contre les tiers qui ont acquis des droits de son chef sur l'immeuble objet de la vente rescindée; aussi convient-il de les mettre en cause, afin qu'ils ne puissent pas contester l'autorité du jugement qui prononcera la rescision.

La loi accorde d'ailleurs au tiers possesseur, comme à l'acheteur lui-même, la faculté d'user, pour échapper aux conséquences de la rescision, du droit de payer le supplément du juste prix sous la déduction d'un dixième; sauf, en ce cas, s'il y a lieu, son recours en garantie contre l'acheteur dont il tient ses droits (art. 1681 al. 2).

616. Telle est l'option que la loi accorde à l'acheteur contre lequel la rescision pour cause de lésion est prononcée : il peut, à son choix, rendre la chose en se faisant restituer le prix, ou la garder en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total. Mais on aurait tort de conclure de là que l'obligation, dont est tenu l'acheteur, la rescision une fois prononcée, est une obligation *alternative,* ayant pour objet soit un immeuble, soit une somme d'argent, au choix de l'acheteur; d'où résulterait notamment cette conséquence que l'obligation devrait être considérée comme immobilière, si l'acheteur préfère restituer l'immeuble, et comme mobilière, s'il préfère payer le supplément du juste prix. La vérité est que l'obligation de l'acheteur est une obligation *facultative,* dans laquelle la restitution de l'immeuble est *in obligatione,* et le paiement du supplément du juste prix, *in facultate solutionis.* En effet, la seule chose que doive l'acheteur, la seule chose que le vendeur puisse demander et obtenir par voie d'exécution forcée, si l'acheteur refuse de faire son choix, c'est la restitution de l'immeuble; le paiement d'un supplément de prix est facultatif pour l'acheteur. Il s'ensuit que l'obligation de l'acheteur est immobilière, et il en est de même par suite de l'action en rescision qui a pour but la création de cette obligation. Cpr. t. II, n. 963.

617. Aux termes de l'art. 1685 : « *Les règles expliquées dans la section précé-* » *dente pour le cas où plusieurs ont vendu conjointement ou séparément, et pour* » *celui où le vendeur ou l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, sont pareillement* » *observées pour l'exercice de l'action en rescision* ». Les articles, que la loi déclare applicables ici, sont les art. 1668 à 1672.

CHAPITRE VII

DE LA LICITATION

618. *Licitation,* vient de *liceri, liceor,* qui signifie *vendre aux enchères.* La licitation en effet n'est pas autre chose qu'une vente aux enchères, faite dans le but de partager entre les divers ayant droit le prix d'une chose indivise qu'on éprouve des difficultés à partager en nature, *ipsa divisio rei quæ dividi non potest,* dit Dumoulin.

L'art. 1686 indique les cas dans lesquels il y a lieu de procéder à la licitation : « *Si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée* » *commodément et sans perte; — Ou si, dans un partage fait de gré à gré* » *de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des coparta-* » *geants ne puisse ou ne veuille prendre, — La vente s'en fait aux enchè-* » *res, et le prix en est partagé entre les copropriétaires.*

Quand les intéressés sont tous majeurs et maîtres de leurs droits, ils peuvent procéder à la licitation à l'amiable, et en telle forme et sous telles conditions qu'ils jugent à propos. Mais si, parmi eux, il y en a de mineurs ou d'interdits, ou si les intéressés ne s'entendent pas soit sur la forme de la licitation, soit sur la manière d'y procéder, alors il y a lieu à la licitation judiciaire. Quelles en sont les formes? L'art. 1688 répond : « *Le mode et les formalités à observer pour la licitation sont expliqués au titre* des Successions *et au Code de procédure* ».

La licitation étant un partage ou une opération du partage, *modus divisioni similis,* les copartageants sont seuls admis en principe à enchérir. La règle souffre exception dans deux cas, qu'indique l'art. 1687 : « *Chacun des copropriétaires est le maître de demander que les* » *étrangers soient appelés à la licitation : ils sont nécessairement appelés* » *lorsque l'un des copropriétaires est mineur* ».

619. Effets de la licitation. — Ils varient, suivant que l'adjudication a lieu au profit d'un des copartageants ou au profit d'un étranger, *licitator extraneus.*

a. — L'adjudication a-t-elle lieu au profit d'un des copartageants? L'adjudicataire est considéré comme ayant acquis la chose à titre de partage, et non à titre de vente (art. 883). D'où il résulte notamment : 1° que les hypothèques ou autres charges, établies pendant l'indivision sur l'immeuble licité par les consorts de l'adjudicataire, sont considérées comme non avenues; 2° que le paiement du prix de l'immeuble licité est garanti au profit des consorts de l'adjudicataire par le privilège du copartageant; 3° que la licitation peut donner lieu, le cas échéant, à la rescision du partage pour cause de lésion de plus du quart; 4° que la transcription n'est pas nécessaire pour rendre opposable aux tiers le droit de l'adjudicataire de l'immeuble licité.

b. — Si au contraire l'adjudication a lieu au profit d'un étranger, *licitator extraneus,* celui-ci sera considéré comme ayant acquis l'immeuble à titre de vente. D'où il suit : 1° que les aliénations, hypothèques ou autres charges, consenties pendant l'indivision par l'un des copropriétaires de l'immeuble licité, seront opposables à l'adjudicataire dans la mesure du droit du constituant, si celui au profit duquel le droit a été établi s'est conformé aux prescriptions de la loi pour sa conservation; 2° que le paiement du prix de licitation sera garanti par le privilège du vendeur (art. 2102-4° et 2103-1°), auquel s'ajoutera le droit de résolution (art. 1654); 3° que la rescision pour cause de lésion ne sera possible qu'autant que la licitation aura pour objet un immeuble, et qu'il existera une lésion de plus de sept douzièmes au préjudice des colicitants; 4° que l'adjudicataire devra faire transcrire son titre pour le rendre opposable aux tiers, si le bien licité est un immeuble.

CHAPITRE VIII

DU TRANSPORT DES CRÉANCES ET AUTRES DROITS INCORPORELS

620. L'expression *droits incorporels,* que nous trouvons dans la rubrique de ce chapitre est vicieuse; car elle donnerait à entendre qu'il existe des droits *corporels!* Il aurait fallu dire tout simplement : *Du transport des créances et autres droits.*

Dans son sens le plus large, le mot *cession*, désigne la transmission d'un droit par acte entre vifs.

Lorsque la cession a lieu moyennant un prix en argent, on lui donne plus particulièrement le nom de *transport*. L'opération constitue alors une véritable vente (arg. art. 1691 et 1693) ; les règles de la vente sont donc applicables, sauf les dérogations établies par la loi.

621. Le législateur traite dans ce chapitre trois matières bien distinctes : 1° transport des créances et en général de tous les droits personnels (art. 1689 à 1695) ; 2° cession d'une hérédité (art. 1696 à 1698) ; 3° cession de droits litigieux (art. 1699 à 1701).

On voit que la rubrique annonce plus que le chapitre ne contient ; car elle semble indiquer que le législateur va s'occuper, d'une manière générale, de la cession de tous les droits, tandis que, sauf l'exception relative aux droits d'hérédité et aux droits litigieux, il ne s'occupe pas de la cession des droits réels, l'usufruit par exemple.

§ I. *De la cession des créances et autres droits personnels.*

622. Les dispositions que nous allons étudier s'appliquent en principe à la cession de tous les droits personnels, alors même que le droit cédé serait relatif à certains biens particuliers déterminés dans leur individualité, comme un droit de bail par exemple. Paris, 24 janvier 1873, Sir., 75. 2. 335. Mais elles sont inapplicables à la cession des droits réels.

* S'appliquent-elles à la cession de droits successifs ou cession d'hérédité ? Celui qui vend une hérédité cède tous les droits qui lui appartiennent comme héritier, tant les droits personnels que les droits réels. Les dispositions des art. 1690 et suivants seront donc applicables à la cession d'hérédité, en tant qu'elle porte sur des droits personnels. Il en résulte que le cessionnaire d'une hérédité comprenant des créances ne sera saisi de ces créances à l'égard des tiers que par l'accomplissement de l'une des formalités prescrites par l'art. 1690. En ce sens, Rouen, 27 février 1885, Sir., 86. 2. 127.

Dans toute cession d'un droit personnel, il y a trois personnes à considérer : 1° le *cédant*, titulaire du droit, qui joue dans l'opération le rôle de vendeur ; 2° le *cessionnaire*, acquéreur du droit ; 3° le *cédé* ou *débiteur cédé*, sujet passif du droit transmis par la cession.

I. *Formalités du transport ou cession.*

623. Comment la cession d'une créance reçoit-elle sa perfection ? Il faut distinguer :

a. — *Entre les parties*, la cession est parfaite par leur seul consentement, au moins lorsqu'elle est faite à titre de vente, ce qui est le cas le plus fréquent (arg. art. 1583). Les parties sont ici le cédant et le cessionnaire ; le débiteur cédé n'est qu'un instrument passif dans la cession : il la subit sans pouvoir s'y opposer. Le cessionnaire est donc, dans ses rapports avec le cédant, immédiatement investi du droit cédé, et cela indépendamment de toute délivrance.

La loi dit ici, un peu intempestivement peut-être, comment s'opère la délivrance

du droit cédé. On lit à ce sujet dans l'art. 1689, qui n'est qu'une répétition inutile et d'ailleurs incomplète de l'art. 1607 : « *Dans le transport d'une créance, d'un droit ou* » *d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire* » *par la remise du titre* ».

b. — A l'égard des tiers, la cession ne devient parfaite que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690, ainsi conçu : « *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la* » *signification du transport faite au débiteur. — Néanmoins le cession-* » *naire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par* » *le débiteur dans un acte authentique* ».

La première formalité consiste dans la signification du transport au débiteur. Cette signification se fait dans la forme ordinaire des exploits, c'est-à-dire par acte d'huissier : ce qui lui assure les avantages de l'authenticité, date certaine et force probante. Conformément au droit commun, elle doit être donnée à personne ou à domicile. Il importe peu d'ailleurs qu'elle soit effectuée à la requête du cédant ou du cessionnaire ; ordinairement c'est ce dernier qui en prendra l'initiative, parce qu'il a particulièrement intérêt à ce que cette formalité soit remplie. C'est le *transport* ou cession qui doit être signifié, c'est-à-dire la convention qui a transmis le droit. Cette convention, au moins quand elle est faite à titre onéreux, peut être verbale. Tout ce que la loi veut, c'est que le cédé soit informé de son existence et de ses conditions substantielles. Il faut que le cédé sache qu'il a changé de créancier, et quel est son nouveau créancier. L'art. 1690 n'exige plus, comme l'art. 108 de la coutume de Paris, qu'il soit *baillé copie du transport :* ce qui supposait que le contrat devait être constaté par écrit. Cpr. Rouen, 27 février 1885, Sir., 86. 2. 127.

La deuxième formalité consiste dans l'acceptation du transport, faite par le débiteur dans un acte authentique. Rien ne s'oppose à ce que l'acceptation du débiteur soit contenue dans l'acte même de cession, quand il est authentique. Mais une acceptation faite par acte sous seing privé, ou à plus forte raison verbalement, ne suffirait pas pour investir le cessionnaire à l'égard des tiers ; elle ne présente pas en effet les mêmes garanties que l'acceptation faite par acte authentique, soit au point de vue de la certitude de la date, soit au point de vue de la force probante.

Cependant, comme on le verra bientôt, l'acceptation du cédé faite par acte sous seing privé ou même verbalement, ne serait pas destituée de toute efficacité. On peut la considérer comme un engagement pris par le cédé de ne pas payer entre les mains du cédant au préjudice du cessionnaire, et le cédé serait par suite responsable, s'il ne respectait pas cet engagement. Cass., 6 février 1878, Sir., 78. 1. 168.

624. Les formalités prescrites par l'art. 1690 ont pour but de donner à la cession une certaine publicité, et c'est pour ce motif que la loi fait de leur accomplissement une condition de l'investiture du cessionnaire à l'égard des tiers. Les tiers sont réputés ignorer la cession, tant qu'elle n'a pas été rendue publique par la signification du transport ou par l'acceptation authentique du cédé ; voilà pourquoi elle ne leur devient opposable qu'à dater de l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces formalités.

Reste à savoir comment la loi a pu considérer la signification du transport au cédé ou son acceptation authentique comme donnant de la publicité à la cession. L'une ou l'autre de ces formalités remplie, on

voit bien que le cédé est nécessairement informé de la cession; mais il n'est pas le seul tiers intéressé à en connaître l'existence, et on se demande comment les autres peuvent être aussi réputés ne pas l'ignorer. La loi suppose qu'ils iront se renseigner près du cédé. Dans l'impossibilité où l'on se trouvait de notifier la cession à tous ceux qui ont intérêt à la connaître, on s'est dit : le cédé devra être informé officiellement de la cession; les autres intéressés se renseigneront près de lui; il n'a pas intérêt à les tromper, et dès lors on doit croire qu'il leur dira la vérité. Quoi qu'il en soit, c'est là un mode de publicité assez imparfait.

625. Il n'y a pas de délai fatal pour la signification ou l'acceptation authentique de la cession. La loi s'en rapporte à la diligence du cessionnaire, qui a intérêt à rendre son droit opposable aux tiers le plus promptement possible.

626. Bien que la cession ne devienne opposable aux tiers que par la notification ou l'acceptation authentique du transport, la jurisprudence admet le cessionnaire à faire, avant l'accomplissement de ces formalités, des actes conservatoires, tels qu'une saisie-arrêt, l'inscription ou le renouvellement de l'inscription d'une hypothèque attachée à la créance. Ces décisions s'expliquent par la faveur que méritent les actes conservatoires. Mais il paraît difficile d'aller plus loin, et de reconnaître au cessionnaire, qui n'est pas encore saisi à l'égard des tiers, le droit de procéder à des actes d'exécution (arg. art. 2214).

627. Quelles sont les personnes que l'art. 1690 désigne sous le nom de *tiers*, et à l'égard desquelles le cessionnaire n'est saisi que par la notification ou l'acceptation authentique du transport? Ce sont tous ceux qui n'ont pas été parties à la cession et qui ont un intérêt légitime à la connaître et à la contester, c'est-à-dire : 1° le cédé; 2° les ayant cause à titre particulier du cédant, qui ont acquis des droits sur la créance cédée et qui se sont conformés aux prescriptions de la loi pour les conserver.

628. 1° *Le débiteur cédé.* Il a le droit de considérer le cédant comme propriétaire de la créance, tant que le transport ne lui a pas été notifié ou qu'il ne l'a pas accepté. La loi nous fournit trois applications de ce principe.

a. — Nous trouvons la première dans l'art. 1691, ainsi conçu : « *Si, » avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débi- » teur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré* ».

On remarquera que l'article ne parle pas de l'acceptation authentique du transport par le cédé, et ce silence paraît calculé. Le législateur a considéré sans doute qu'une acceptation quelconque, faite soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé, soit même verbalement, suffit pour lier le cédé envers le cessionnaire, en ce sens que le cédé contracte en vertu de cette acceptation l'obligation de ne pas payer le cédant au préjudice du cessionnaire.

Ce que la loi dit du paiement doit être appliqué à tout autre mode d'extinction des

obligations, et en général à toutes les exceptions que le débiteur cédé pouvait opposer au cédant (Cass., 29 juin 1881, Sir., 82. 1. 125). Ainsi le cédé, qui, avant d'avoir reçu la notification du transport et sans avoir d'ailleurs accepté la cession, aurait obtenu un jugement passé en force de chose jugée, déclarant sa dette éteinte envers le cédant, pourrait invoquer ce jugement à l'égard du cessionnaire.

b. — La deuxième application est contenue dans l'art. 1295, dont la disposition nous est déjà connue.

Il s'agit, on s'en souvient, de la compensation. Le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire la compensation, qui s'est produite à son profit contre le cédant même postérieurement à la cession mais à une époque antérieure à la notification, parce que jusqu'à cette époque le cédé, qui, d'ailleurs, on le suppose, n'a pas accepté la cession, a le droit de la considérer comme non existante.

L'art. 1295 ajoute que le cédé, qui a accepté purement et simplement la cession (même par acte sous seing privé ou verbalement, car la loi ne distingue pas), ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation, qu'il eût pu avant l'acceptation opposer au cédant. Pourquoi cela ? Parce que le cédé, en acceptant la cession *purement et simplement,* c'est-à-dire sans faire aucune réserve relativement à la compensation qui s'est produite à son profit, est censé avoir renoncé à l'égard du cessionnaire au droit de se prévaloir de la compensation. Cpr. t. II, n. 1130.

* C'est là une présomption légale ; et, comme les présomptions légales ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre, surtout lorsqu'elles aboutissent à une déchéance, on doit en conclure que le cédé, qui a accepté purement et simplement le transport, ne devrait pas nécessairement être considéré, à raison de ce seul fait, comme ayant renoncé au bénéfice des autres exceptions qu'il pouvait avant l'acceptation opposer au cédant. En cas de contestation sur ce point, les juges jouiraient d'une latitude complète d'appréciation.

On voit, par les explications qui précèdent, que l'acceptation du transport par le cédé produit, à certains égards, des effets plus puissants que la signification. Mais, qu'on le remarque bien, l'acceptation du cédé ne saisit pleinement le cessionnaire à l'égard des tiers qu'autant qu'elle est authentique (art. 1690, et Cass., 26 juillet 1880, Sir., 82. 1. 356). Le cessionnaire serait donc imprudent de se contenter d'une acceptation sous seing privé ou à plus forte raison d'une acceptation verbale du cédé ; car il courrait le risque de se voir préférer un cessionnaire de date postérieure, qui, plus diligent que lui, aurait signifié la cession faite à son profit. Le cédé serait obligé de payer entre les mains de ce deuxième cessionnaire, qui seul s'est mis en règle, et le premier n'aurait aucun recours contre le cédé, qui, en payant, n'a fait que ce qu'il était tenu de faire. Nous avons dit plus haut, il est vrai, que l'acceptation verbale ou sous seing privé du cédé peut être considérée comme équivalente à un engagement pris par lui de payer au cessionnaire : mais à la condition, bien entendu, que le cédé puisse se libérer valablement par le paiement fait à ce cessionnaire ; or il ne le peut pas dans l'espèce proposée.

c. — Voyez la troisième application dans l'art. 2214.

629. 2° *Les ayant cause à titre particulier du cédant, qui ont acquis des droits sur la créance cédée.* C'est-à-dire les autres cessionnaires de cette créance, les créanciers auxquels elle a été donnée en gage, et enfin les créanciers chirographaires du cédant.

a. — *Les autres cessionnaires du droit cédé.* Chaque cessionnaire est un tiers par rapport aux autres cessionnaires du même droit. Quel est donc, de plusieurs cessionnaires successifs de la même créance, celui

qui sera préféré ? Ce sera le plus diligent, celui qui le premier aura notifié son titre au débiteur, ou qui le premier aura obtenu l'acceptation de ce débiteur dans un acte authentique, alors même que son titre serait postérieur en date. En effet le cédant reste propriétaire de la créance cédée à l'égard des tiers, tant que le cessionnaire ne leur a pas rendu son droit opposable ; il peut donc faire une nouvelle cession, et, si le nouveau cessionnaire remplit le premier les formalités prescrites pour rendre son droit opposable aux tiers, il sera préféré aux cessionnaires antérieurs qui ont été moins diligents.

Si deux cessions ont été signifiées le même jour, et que l'heure de chaque signification soit indiquée dans l'acte qui la constate, celle qui a été faite la première l'emportera. Dans le cas contraire, les deux cessionnaires viendront en concours.

b. — *Les créanciers gagistes.* Lorsqu'une même créance a été successivement cédée à une personne et donnée en gage à une autre, le conflit entre le cessionnaire et le créancier gagiste se règlera de la même manière que le conflit entre deux cessionnaires successifs. La préférence sera donc assurée à celui qui le premier aura rempli l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690. V. art. 2075.

c. — *Les créanciers chirographaires du cédant.* Ils ont un droit de gage général sur les biens de leur débiteur (art. 2092), et ce droit est diminué par la cession ; ils peuvent donc utilement, tant que le cessionnaire n'a pas rendu son droit opposable aux tiers, considérer la créance cédée comme appartenant encore à leur débiteur et par suite pratiquer des saisies-arrêts sur cette créance. C'était la décision de Pothier, et elle est généralement suivie tant en jurisprudence qu'en doctrine. Cpr. Cass., 25 mars 1885, Sir., 86. 1. 77.

* **630.** Supposons que la créance cédée ait été frappée de saisie-arrêt par des créanciers du cédant, avant que le cessionnaire ait rendu son droit opposable aux tiers ; postérieurement à cette saisie-arrêt, le cessionnaire notifie le transport au débiteur ou obtient son acceptation dans un acte authentique. Quel sera l'effet de cette notification ou de cette acceptation ? Elle n'est pas nulle. En effet, à supposer que la cession doive être considérée comme sans valeur à l'égard des créanciers saisissants, parce qu'elle n'a pas été notifiée en temps utile, le cessionnaire est tout au moins un créancier du cédant, contre lequel il a l'action en délivrance et l'action en garantie, et à ce titre il peut, comme tout autre créancier, former une saisie-arrêt ; or la notification de la cession équivaut à une saisie-arrêt, puisque, comme celle-ci, elle contient une défense adressée au cédé de payer entre les mains du cédant. La saisie-arrêt, dont la créance est frappée, ne rend pas plus impossible la notification du transport qu'elle ne rend impossible une nouvelle saisie-arrêt faite par d'autres créanciers du saisi (cpr. t. II, n. 1027).

Reste à savoir comment devront être réglés les droits respectifs des créanciers saisissants et du cessionnaire qui a notifié son transport postérieurement à la saisie-arrêt. Les uns et les autres devront être mis sur le pied de l'égalité, de l'égalité proportionnelle, bien entendu, c'est-à-dire que les fonds provenant de la créance devront être répartis entre les créanciers saisissants et le cessionnaire proportionnellement au droit de chacun. Ainsi j'ai une créance de 12,000 fr. sur *Primus;* je cède cette

créance à *Secundus;* avant que *Secundus* ait rendu son droit opposable aux tiers, un de mes créanciers, auquel je dois 6,000 fr., saisit-arrête la créance cédée; puis *Secundus* notifie le transport. Cette notification équivalant à une saisie-arrêt, que *Secundus* aurait faite pour une somme de 12,000 fr., montant de la créance cédée, il en résulte que les fonds payés par le débiteur cédé devront être répartis de la manière suivante : 4,000 fr. pour le créancier saisissant, 8,000 fr. pour le cessionnaire. Chacun obtiendra ainsi les deux tiers de ce qui lui est dû. Dans notre ancien droit, le cessionnaire ne pouvait pas utilement notifier la cession au préjudice des créanciers qui avaient pratiqué des saisies-arrêts. Il y en avait une bonne raison : la saisie-arrêt faisait alors acquérir aux créanciers saisissants un privilège sur la créance saisie. V. art. 178 de la coutume de Paris.

La question se complique singulièrement, si l'on suppose que, postérieurement à la signification du transport, qui elle-même a été précédée d'une ou plusieurs saisies-arrêts, de nouvelles saisies-arrêts surviennent. Si l'on considère ces nouvelles saisies comme nulles, et il y a de bonnes raisons pour le décider ainsi, tout est dit; mais, si l'on admet avec la majorité des auteurs qu'elles sont valables, au moins par rapport aux premiers saisissants, on se trouve en face de difficultés inextricables, dans le détail desquelles le caractère élémentaire de cet ouvrage ne nous permet pas d'entrer.

631. Les règles, qui viennent d'être développées en ce qui concerne l'investiture du cessionnaire à l'égard des tiers, sont inapplicables :

1° Aux créances constatées par des lettres de change ou des billets à ordre. Le cessionnaire en est saisi à l'égard des tiers par l'*endossement.*

2° Aux créances constatées par des titres au porteur. La propriété s'en transmet à l'égard des tiers de la même manière que celle des objets mobiliers corporels. V. art. 1138 et 1141.

3° Aux rentes sur l'Etat et aux actions et obligations des différentes compagnies ou sociétés de finance, de commerce ou d'industrie. Quand ces valeurs sont constatées par des titres nominatifs, une simple déclaration de *transfert* suffit pour en transmettre la propriété, même à l'égard des tiers, sans préjudice de la cession-transport s'opérant en vertu de l'art. 1690 (loi du 5 juin 1850, art. 25).

II. *Ce que comprend la cession d'une créance.*

632. La créance cédée devient la propriété du cessionnaire avec tous ses accessoires. « *La vente ou cession d'une créance comprend les acces-* » *soires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque* », dit l'art. 1692. Parmi les accessoires qui sont transmis au cessionnaire, il faut comprendre le droit d'agir par voie d'exécution, quand le titre de la créance est *paré.* Les intérêts de la créance sont aussi des accessoires, compris comme tels dans la cession, du moins les intérêts à échoir; quant aux intérêts échus et dus lors de la cession, ce serait une question de fait que celle de savoir si les parties ont entendu les comprendre dans le transport.

Mais les bénéfices, résultant de qualités purement personnelles au cédant, ne sont

pas transmis au cessionnaire. Ainsi le cédant est mineur ; les avantages qui lui appartenaient à ce titre, par exemple le bénéfice de la suspension de la prescription, ne passeront pas au cessionnaire majeur et maître de ses droits. En sens inverse, si le cédant est majeur et maître de ses droits et le cessionnaire mineur, celui-ci jouira, quant à la créance cédée, des bénéfices attachés à la minorité, bien que ces bénéfices n'appartinssent pas au cédant. Il s'agit en effet de faveurs inhérentes à la personne du titulaire du droit, et non à la créance elle-même. Ce ne sont donc pas des accessoires de la créance, susceptibles de se transmettre avec elle.

Sauf la restriction qui vient d'être signalée, le cessionnaire est pleinement substitué au cédant quant à la créance cédée. Mais il ne saurait avoir plus de droits que lui, car il est son ayant cause ; il est donc passible de toutes les exceptions qui auraient pu être opposées au cédant. Ainsi le débiteur peut invoquer à l'égard du cessionnaire la nullité de l'obligation, résultant du dol commis par le cédant.

III. *De la garantie.*

633. Lorsque la cession de créance est faite à titre gratuit, elle ne donne lieu à aucune garantie, sauf convention contraire expresse ou tacite. V. art. 1440, et *supra,* n. 163.

Au contraire, la cession donne lieu à la garantie contre le cédant, lorsqu'elle est faite à titre onéreux, et principalement lorsqu'elle a lieu moyennant un prix en argent, auquel cas elle constitue une vente. D'ailleurs il y a lieu de distinguer ici, comme dans le cas de vente d'une chose corporelle, la garantie de droit et la garantie de fait.

a. *Garantie de droit.*

634. La garantie de droit est celle qui est due au cessionnaire en l'absence de toute stipulation particulière. L'art. 1693 dit quelle en est l'étendue : « *Celui qui vend une créance ou un autre droit incorporel,* » *doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait* » *sans garantie* ».

Les mots « quoiqu'il soit fait sans garantie » signifient : *quoique les parties n'aient fait aucune convention particulière relativement à la garantie,* et non : *quoique les parties aient exclu la garantie par une clause particulière.*

On le voit, le cédant ne garantit que l'*existence* du droit cédé : ce qu'il faut entendre en ce sens qu'il garantit que le droit existe *à son profit* et *légitimement.*

A son profit. Car, si le droit cédé existe, mais au profit d'un autre que le cédant, il y a vente de la chose d'autrui, et on sait que la vente de la chose d'autrui donne lieu à la garantie.

Légitimement. La garantie sera donc due au cessionnaire, si le droit cédé existe réellement lors de la cession, mais atteint d'un vice, tel que le dol ou la lésion, qui plus tard en fait prononcer la nullité ou la rescision.

Les auteurs ajoutent que le cessionnaire a également droit à la garantie contre le cédant, lorsqu'à l'époque de la cession le droit cédé n'existe ni au profit du cédant ni au profit d'une autre personne. Cela paraît en effet conforme à la lettre de l'art. 1693, qui parle de l'existence du droit d'une manière générale. Ne serait-il pas plus vrai de

dire cependant qu'en pareil cas la vente n'a pas d'objet : ce qui la rend *inexistante,* et empêche par suite qu'il puisse y avoir lieu à la garantie; car la garantie est un effet de la vente, et il ne peut y avoir garantie là où il n'y a pas vente, le néant ne pouvant rien produire. On appliquerait alors les règles relatives à la vente qui n'a pas d'objet, et l'action en dommages et intérêts du cessionnaire serait fondée sur la disposition de l'art. 1382.

Le cédant doit garantir l'existence des accessoires de la créance, comme l'existence de la créance elle-même; car ils sont compris dans le transport (art. 1692). Et il ne paraît même pas nécessaire, pour que le cessionnaire ait droit à cette garantie, que les accessoires de la créance aient été spécifiés dans l'acte de cession; il suffit qu'il n'existe aucune clause excluant la garantie en ce qui concerne lesdits accessoires; il est tout naturel en effet de supposer que le cédant a entendu les transmettre avec la créance, et le cessionnaire les acquérir.

Mais le cédant ne garantit que l'existence des accessoires; il ne garantit pas leur efficacité, par exemple la solvabilité de la caution qui s'est engagée au paiement de la dette.

Les cas fortuits, qui feraient périr soit la créance, soit ses accessoires postérieurement au transport, seraient pour le compte du cessionnaire (arg. art. 1138).

635. Obligations résultant pour le cédant de la garantie de droit. — Supposons que la créance cédée n'existe pas au profit du cédant; le cessionnaire agit en garantie contre lui; que pourra-t-il lui réclamer? La loi ne s'est pas expliquée sur ce point; c'est donc le droit commun qui devra être appliqué; or, de droit commun, le vendeur doit à l'acheteur évincé la restitution du prix et en outre des dommages et intérêts (*supra* n. 546).

Rien de particulier à dire en ce qui concerne la restitution du prix.

Quant aux dommages et intérêts, ils comprendront principalement les frais et loyaux coûts du contrat, les frais des poursuites que le cessionnaire a exercées inutilement contre le cédé, enfin les frais faits tant sur la demande originaire que sur la demande en garantie (art. 1630).

* Comprendront-ils aussi la différence entre le prix de la cession et la valeur nominale de la créance? Je vous cède pour 20,000 fr. une créance de 30,000 fr.; la créance cédée existe, mais elle ne m'appartient pas. Pourrez-vous, outre la restitution des 20,000 fr. qui forment le prix de la cession, me demander 10,000 fr., représentant le bénéfice que vous auriez fait (le débiteur, on le suppose, étant solvable), si la cession eût pu produire ses effets. Pourquoi non? N'est-il pas de principe que le vendeur doit indemniser l'acheteur, non seulement de tout le préjudice que lui cause l'éviction, mais encore du gain qu'elle l'empêche de réaliser (art. 1630)? — On dit que l'art. 1694 s'oppose ici à l'application de ce principe. Ce texte dispose que le cédant, qui a garanti la solvabilité du débiteur, n'en répond que jusqu'à concurrence du prix de la cession. — Mais tout autre est l'hypothèse qui nous occupe. Quand le cédant garantit la solvabilité du débiteur, cas prévu par l'art. 1694, il ferait, comme on l'a fort bien dit, un acte de folie ou un acte d'usure, s'il entendait garantir cette solvabilité pour une somme supérieure au prix de la cession. Si je vous vends pour 20,000 fr. une créance de 30,000 fr. et que je vous garantisse la solvabilité du débiteur pour le total de la créance, c'est comme si je vous empruntais 20,000 fr. en convenant que je vous en rembourserai 30,000. Dans notre hypo-

thèse au contraire, la cession est faite seulement avec la garantie de droit, qui laisse l'insolvabilité au compte du cessionnaire. L'intention des parties a vraisemblablement été de faire un contrat aléatoire : le cédant a préféré se contenter d'un prix inférieur à la valeur nominale de la créance, pour ne pas courir les chances de l'insolvabilité du débiteur; le cessionnaire, au contraire, a entendu courir ces chances : il espère faire un bénéfice, si le débiteur, étant solvable, peut payer le total de la dette; mais il s'expose à faire une perte dans le cas contraire. Eh bien! pourquoi donc, si les chances favorables au cessionnaire se réalisent, c'est-à-dire si le débiteur cédé se trouve être solvable lors de l'échéance, le cédant ne pourrait-il pas être condamné à lui tenir compte sous forme de dommages et intérêts du gain qu'il manque de réaliser ?

b. *Garantie de fait.*

636. La garantie de fait résulte de la convention des parties, qui vient modifier, soit en restreignant leur portée, soit en l'élargissant, les dispositions de la loi relatives à la garantie de droit.

Il y a donc des clauses *restrictives* et des clauses *extensives* de la garantie de droit.

637. *Clauses restrictives.* On peut convenir que le cédant ne garantira même pas l'existence de la créance, ou, ce qui est équivalent, que la vente est faite *sans garantie.* Dans le silence de la loi, les effets de cette clause seraient déterminés d'après les règles du droit commun, écrites dans les art. 1628 et 1629. Elle aurait donc pour résultat de dispenser le vendeur de payer des dommages et intérêts à l'acheteur évincé, mais non de l'affranchir de l'obligation de restituer le prix de la cession; à moins cependant qu'à la clause de non-garantie ne se joignît une convention expresse ou tacite que le prix ne sera pas restitué le cas échéant (v. art. 1629, et *supra* n. 561). En aucun cas d'ailleurs, le cédant ne pourrait se soustraire à la garantie à raison de son fait personnel (arg. art. 1628).

638. *Clauses extensives.* Ces clauses, que l'on rencontre assez fréquemment dans la pratique, sont relatives à la solvabilité du débiteur. De droit commun, le cédant ne garantit que l'existence de la créance, *nomen verum;* il ne garantit pas la solvabilité du débiteur, *nomen bonum,* à moins qu'il ne s'y soit obligé par une clause formelle. C'est ce que dit l'art. 1694, qui détermine en même temps les effets de cette clause : « *Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est* » *engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la* » *créance* ».

Les clauses, par lesquelles le cédant garantit la solvabilité du débiteur cédé, se rencontrent dans la pratique avec les diverses variantes qui suivent :

1° *Garantie de la solvabilité actuelle du débiteur,* c'est-à-dire de sa solvabilité au temps du transport. C'est toujours dans ce sens restreint que devra être interprétée la clause de garantie relative à la solvabi-

lité du débiteur cédé, lorsque le vendeur ne se sera pas autrement expliqué, ou lorsqu'il y aura doute sur le point de savoir s'il a entendu garantir la solvabilité actuelle seulement ou la solvabilité actuelle et future tout à la fois. Les clauses qui dérogent au droit commun doivent être interprétées dans le sens qui s'en éloigne le moins, toutes les fois qu'il y a doute. L'art. 1695 dit à ce sujet : « *Lorsqu'il* [le cédant] *a* » *promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'en-* » *tend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas au temps à venir,* » *si le cédant ne l'a expressément stipulé.*

2° *Garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur.* La clause de *fournir et faire valoir* est traditionnelle dans les actes pour exprimer ce second degré de la garantie. Le cessionnaire, qui veut user du bénéfice de cette clause, doit prouver par une discussion préalable l'insolvabilité du débiteur cédé; car son action en garantie contre le cédant est subordonnée à cette condition. A moins qu'il ne soit dit dans l'acte que le cessionnaire sera dispensé de procéder à la discussion du débiteur, et pourra recourir contre le cédant après un simple commandement demeuré sans résultat. C'est la clause de *fournir et faire valoir après simple commandement.* On pourrait même convenir que le cessionnaire aura le droit de recourir contre le cédant, sans être obligé d'exercer préalablement des poursuites contre le débiteur, et par cela seul qu'il refusera de payer à l'époque de l'échance.

Il est bien entendu d'ailleurs que le cessionnaire, auquel la solvabilité du débiteur a été garantie, n'aurait pas de recours à exercer contre le cédant, si l'impossibilité d'obtenir le paiement de la créance provenait de son propre fait, si par exemple il avait donné main-levée d'une hypothèque suffisante pour assurer le paiement de la créance.

Le cessionnaire, auquel la solvabilité actuelle ou future du débiteur a été garantie, ne peut, le cas échéant, recourir contre le cédant que jusqu'à concurrence du prix de la cession (art. 1694), et non jusqu'à concurrence du montant intégral de la créance, si ce montant dépasse le prix de la cession. Ainsi une créance de 30,000 fr. a été cédée pour 20,000 fr., avec garantie de la solvabilité du débiteur ; au cas où celui-ci se trouverait insolvable, le cessionnaire ne pourra recourir contre le cédant que pour 20,000 fr., somme égale au prix payé. La loi suppose que le cédant n'a pas entendu garantir la solvabilité du débiteur pour une somme supérieure au prix qu'il a retiré de la cession. Nous l'avons déjà dit, s'il garantissait la solvabilité du débiteur pour la totalité de la somme qui représente le chiffre de la créance, soit 30,000 fr. dans l'espèce proposée, le cédant se mettrait dans une situation analogue à celle où il se trouverait, si, empruntant 20,000 fr., il s'engageait à en restituer 30,000, et on ne peut pas supposer qu'il ait entendu accepter une situation aussi défavorable.

* C'est même une question discutée que celle de savoir si le cédant pourrait se créer cette situation par une stipulation formelle. Quelques-uns soutiennent que la clause est nulle; ils considèrent la disposition de l'art. 1694 *in fine* comme prohibitive, et la prohibition serait fondée sur le caractère de la clause, qui déguisera le plus souvent une convention usuraire. On invoque encore à l'appui de cette solution l'art. 1907, duquel il résulte que la stipulation du taux de l'intérêt conventionnel doit apparaître manifestement dans un acte écrit. Ces raisons sont-elles bien suffisantes pour faire admettre une exception aussi grave au grand principe de la liberté des conventions? Rien dans les termes de la loi n'indique que la disposition de l'art. 1694 *in fine* soit prohibitive. Et quant à l'art. 1907, tout ce qu'il exige, c'est que le taux de l'intérêt conventionnel soit fixé par écrit; or, en supposant que la cession soit constatée par un acte écrit, elle indique très nettement le chiffre auquel s'élève l'intérêt (il est égal à la différence entre la valeur nominale de la créance et le prix de la cession, 10,000 fr. dans l'espèce proposée tout à l'heure), et un calcul fort simple permet d'en déterminer le taux. Tout ce qui semblerait donc possible, ce serait d'appliquer ici les dispositions des lois des 3 septembre 1807 et 19 décembre 1850 relatives à l'usure, si en fait il était reconnu que la clause déguise une convention usuraire.

§ II. *De la vente d'une hérédité, ou cession de droits successifs.*

639. Il s'agit de la vente ou cession d'une hérédité ouverte; autrement la vente serait inexistante (art. 1600).

La qualité d'héritier est intransmissible; mais il n'en est pas de même des droits actifs et passifs attachés à cette qualité. Ce sont ces droits qui font l'objet de la cession d'hérédité; le cédant les transmet au cessionnaire.

640. De la garantie dans la vente d'hérédité. « *Celui qui* » *vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de* » *garantir que sa qualité d'héritier* (art. 1696).

Telle est la garantie de droit en matière de cession d'hérédité : le cédant ne garantit que son titre d'héritier. Mais, conformément au droit commun, les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'étendue (art. 1627). Elles y ajouteraient quelque chose, si elles spécifiaient les objets qui font partie de l'hérédité; le vendeur devrait alors la garantie de chacun des objets spécifiés. Elles en diminueraient l'étendue, si elles convenaient que la vente est faite sans garantie. Quels seraient les effets de cette clause? Ceux qu'indique l'art. 1630; c'est-à-dire qu'au cas d'éviction de l'acheteur, éviction qui se réalisera s'il vient à être démontré que la qualité d'héritier n'appartenait pas au vendeur, celui-ci sera affranchi par la stipulation de non-garantie de l'obligation de payer des dommages et intérêts à l'acheteur évincé, mais non de l'obligation de lui restituer le prix s'il l'a payé. Et toutefois le vendeur pourrait être dispensé même de la restitution du prix, en vertu d'une convention particulière. Cette convention peut être expresse ou tacite. Il y aurait convention tacite que le prix ne sera pas restitué, s'il avait été expliqué que le cédant vend sa prétention telle quelle, bien ou mal fondée, à l'hérédité. En pareil cas, c'est une simple espérance qui a fait l'objet du contrat, comme dans la vente d'un coup de filet; le prix a été naturellement fixé en conséquence, et il doit être acquis au vendeur quoi qu'il arrive; car il ne garantit absolument rien, si ce n'est sa bonne foi cependant : s'il avait vendu sachant parfaitement qu'il n'avait aucun droit à l'hérédité, il y aurait dol de sa part, et l'acheteur pourrait demander la nullité de la convention.

641. Effets de la vente d'hérédité. — Le titre d'héritier reste sur la tête du cédant, car il est intransmissible; mais les droits actifs et passifs attachés à ce titre sont transmis au cessionnaire. Entre les parties, tout se passe comme si le cessionnaire avait été investi de la qualité d'héritier dès le jour de l'ouverture de l'hérédité ; il a donc droit à tout l'émolument attaché à la qualité d'héritier, et en sens inverse il doit en supporter toutes les charges.

642. I. — Nous disons d'abord que le cessionnaire a droit à tout l'émolument attaché à la qualité d'héritier ; par conséquent il peut réclamer tous les biens compris dans l'hérédité et tout le profit que le vendeur en a retiré. C'est ce que dit l'art. 1697 : « *S'il avait déjà profité » des fruits de quelque fonds, ou reçu le montant de quelque créance » appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succes- » sion, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expres- » sément réservés lors de la vente* ».

La partie finale de l'article, qui parle du *remboursement des effets vendus,* est incorrecte et obscure : — *incorrecte,* car on ne rembourse pas un effet, on rembourse une somme d'argent ; — *obscure,* car il n'apparaît pas très clairement quelle est la somme à rembourser. Les principes conduisent à décider que le vendeur ne doit rembourser que la somme qu'il a touchée, alors même qu'elle serait inférieure à la véritable valeur de la chose vendue. En effet le vendeur n'est pas tenu à l'égard de l'acheteur des fautes qu'il a pu commettre avant la vente : à cette époque il était propriétaire et libre de ses actes, n'étant encore obligé par aucun contrat envers l'acheteur. Tout ce que celui-ci peut donc exiger, c'est que le vendeur lui communique le profit qu'il a retiré ; or ce profit est égal au prix touché. Cette idée n'est-elle pas d'ailleurs exprimée par le mot *rembourser,* qui signifie littéralement *faire passer d'une bourse dans l'autre* et qui indique par suite une restitution à faire ?

Si le vendeur avait consommé quelques biens héréditaires, il devrait tenir compte à l'acheteur du profit que cette consommation lui a procuré.

* L'accroissement qui se produirait postérieurement à la cession de droits successifs, profiterait-il à l'acheteur ? Exemple : *Primus* et *Secundus* sont appelés pour portions égales à une même succession ; *Primus* vend sa part héréditaire ; puis, la vente une fois conclue, *Secundus* renonce. L'accroissement, auquel donne lieu cette renonciation, profitera-il à l'acheteur ? Question célèbre parmi nos anciens docteurs. N'est-ce pas avant tout une question d'interprétation de volonté, une question de fait par conséquent, rentrant à ce titre dans le domaine du juge ? Les parties ont pu vouloir comprendre dans la cession le bénéfice résultant de l'accroissement, pour le cas où il se produirait ; elles ont pu aussi avoir une volonté contraire. Au juge de rechercher quelle a été leur pensée. — Dans le doute absolu, peut-être y aurait-il lieu de décider que l'acheteur a droit au bénéfice de l'accroissement ; car il est une dépendance du droit héréditaire qui a fait l'objet de la cession.

643. II. — L'acheteur d'une hérédité doit supporter toutes les charges héréditaires, *onus hereditarium,* quelque considérables qu'elles soient. L'art. 1698 ne fait que formuler une conséquence de ce principe : « *L'acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui- » ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison » de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire* ». —

Parmi les dettes payées par le cédant, et qui doivent lui être remboursées par le cessionnaire, figurent les droits de mutation.

Celui qui vend une hérédité peut avoir un recours à exercer contre l'acheteur, non seulement pour les dettes héréditaires qu'il a payées avant la cession, mais aussi pour celles qu'il sera peut-être forcé de payer après. En effet la vente qu'une personne fait de ses droits héréditaires ne la décharge pas des obligations dont elle est tenue en sa qualité d'héritier : on peut bien céder ses droits, mais on ne peut pas céder ses obligations. L'héritier vendeur pourra donc être poursuivi malgré la cession par les créanciers héréditaires, et il ne paiera que sauf son recours contre le cessionnaire, qui doit supporter en définitive tout l'*onus hereditarium*.

Les créanciers héréditaires, qui conservent malgré la cession le droit d'agir contre l'héritier, peuvent-ils agir aussi contre le cessionnaire? Directement, non; car la cession est pour eux *res inter alios acta,* et le cessionnaire est par suite un étranger par rapport à eux. Mais ils le peuvent *nomine debitoris,* en exerçant les droits de celui-ci conformément à l'art. 1166.

644. L'art. 1698 dit que l'acheteur d'une hérédité doit faire raison au vendeur de tout ce dont il était créancier contre le défunt. Comment cela? puisque la créance de l'héritier contre le défunt s'est éteinte par la confusion, aux termes de l'art. 1300. C'est ici le lieu de se souvenir que la confusion n'est pas autre chose que le résultat d'une impossibilité matérielle, et que par conséquent ses effets cessent lorsque l'impossibilité disparaît. Avant la cession, il était impossible que l'obligation du défunt envers l'héritier reçût son exécution : créancier de son propre chef, débiteur de celui du défunt, l'héritier ne pouvait pas se payer à lui-même ce qui lui était dû. L'impossibilité cesse, lorsque l'hérédité est transmise à un tiers; la confusion qui en était la conséquence cessera donc : le cessionnaire paiera la dette. Cpr. t. II, n. 1134.

En sens inverse, si l'héritier qui a vendu son droit était débiteur du défunt, il devra payer sa dette au cessionnaire, sans pouvoir invoquer la confusion qui l'a éteinte aux termes de l'art. 1300. C'est une déduction certaine du principe dont l'art. 1698 suppose l'existence.

Ce principe s'applique aux droits réels, aussi bien qu'aux droits personnels. *Eadem est ratio.* Donc les servitudes actives, dues à un immeuble de l'héritier par un immeuble héréditaire et qui s'étaient éteintes par la confusion aux termes de l'art. 705, revivront au profit de l'héritier après la cession; et il en sera de même en sens inverse des servitudes passives dont un immeuble appartenant à l'héritier était grevé au profit d'un immeuble héréditaire : elles revivront au profit du cessionnaire.

645. On voit en résumé que, par suite de la cession d'hérédité, tout se passe, entre les parties tout au moins, comme si l'hérédité s'était ouverte dans la personne du cessionnaire. Le cessionnaire a droit par suite à tout l'*emolumentum,* et doit supporter tout l'*onus hereditarium.*

Terminons en remarquant que celui qui vend une hérédité l'accepte tacitement, s'il n'a pas déjà pris parti (art. 780). Il ne peut donc pas être question pour le cessionnaire d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de renoncer.

On sait que la cession de droits successifs peut donner lieu au retrait successoral, quand le cédant a des cohéritiers et que la cession est faite au profit d'une personne qui n'est pas successible du défunt. V. art. 841.

§ III. *De la cession de droits litigieux, et spécialement du retrait litigieux.*

646. La cession de droits litigieux présente deux particularités notables. Nous avons étudié la première sous l'art. 1597 (*supra* n. n. 492 et s.); la seconde résulte des art. 1699 à 1701, qui organisent le *retrait litigieux.*

Le retrait litigieux a son origine dans les célèbres lois *Per diversas* et *Ab Anastasio* (l. l. 22 et 23, C., *Mandati*).

Pothier définit le retrait, d'une manière générale : « le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place ». En calquant cette définition et en l'appliquant au retrait litigieux, on peut dire qu'il consiste dans la faculté, qui appartient à celui contre lequel un droit litigieux a été cédé, de prendre pour son compte le marché fait par le cessionnaire et de se substituer à lui. Mais il y a certaines réserves à faire relativement à cette définition. Nous préférons la suivante qui a pour type l'art. 1699 : Le retrait litigieux consiste dans la faculté, accordée à celui contre lequel un droit litigieux a été cédé, de s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix de la cession augmenté de quelques accessoires. Ainsi j'ai contre Paul une créance litigieuse de 20,000 fr., c'est-à-dire une créance au sujet de laquelle je suis en procès avec mon débiteur; voulant me soustraire aux chances d'une lutte judiciaire, toujours incertaine dans ses résultats, *incertus litis eventus*, peut-être aussi aux soucis que cette lutte occasionnera, je consens à vous céder ma créance pour 10,000 fr. J'ai ainsi la certitude d'avoir 10,000 fr. quoi qu'il arrive. Vous au contraire vous courrez les chances du procès, car je vous ai cédé ma prétention telle quelle; votre spéculation sera bonne si vous gagnez le procès, mauvaise dans le cas contraire. Eh bien ! la loi autorise Paul, contre lequel vous continuez le procès par moi commencé, sans doute avec cette âpreté que les acheteurs de procès apportent ordinairement dans les luttes judiciaires, à vous tenir le langage suivant : « Vous avez acheté le droit au sujet duquel nous sommes actuellement en procès ; je prends le marché pour mon compte. Vous avez payé 10,000 fr., les voilà; nous sommes quittes, le procès est fini ».

Tel est le retrait litigieux. Celui qui l'exerce, Paul dans l'espèce proposée, s'appelle le *retrayant.* Celui qui le subit, le cessionnaire, s'appelle le *retrayé.* Son but est de mettre fin à un procès. Mais, pour en arriver là, il faut sacrifier le droit du retrayé, auquel on fait subir une véritable expropriation. Le législateur, qui cependant protège si énergiquement le droit de propriété, s'est résigné à ce sacrifice, parce qu'il y a un intérêt social en cause, la diminution du nombre des procès.

Voilà la véritable raison d'être du retrait litigieux. S'il fallait la chercher dans la haine traditionnelle des législateurs et des jurisconsultes contre les acheteurs de procès, que la loi romaine nous représente comme des spoliateurs, *emptores litium fortunis alienis inhiantes,* et que Pothier appelle *des spéculateurs odieux,* nous n'hésitons pas à dire que cette institution devrait disparaître de nos lois.

Toute cession d'un droit litigieux peut donner lieu à l'exercice du retrait. Il importe peu que le droit cédé soit personnel ou réel, mobilier ou immobilier; les termes de la loi, qui parle de *droits litigieux* (art. 1699), excluent toute distinction. De là il résulte que la vente d'un immeuble litigieux pourrait donner lieu à l'exercice du retrait; car qu'est-ce que la vente d'un immeuble litigieux, sinon la vente d'un droit litigieux sur un immeuble?

647. Pour que le retrait soit possible, il faut que le droit cédé soit litigieux. Quand cette condition existera-t-elle? Des difficultés graves s'étaient élevées sur ce point dans notre ancien droit. Pour les faire cesser, l'art. 1700 a défini le droit litigieux : « *La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit* ». Le mot *censée* est synonyme de *considérée comme.* Deux conditions sont donc requises pour qu'un droit doive être considéré comme litigieux (*hoc sensu*) :

1° *Qu'il y ait procès.* Le procès doit *être commencé* lors de la cession et *n'être pas encore terminé.*

a. — Le procès doit *être commencé.* Le serait-il s'il y avait eu seulement citation en conciliation? Nous répondons négativement. Le préliminaire de conciliation est établi en vue de prévenir le procès : les parties par suite ne sont pas en procès, tant qu'elles en sont encore à cette phase de la procédure, l'essai de conciliation fût-il terminé et eût-il été infructueux. Le procès n'éclate que par l'assignation en justice. Si cette assignation n'était pas encore donnée lors de la cession, le retrait litigieux ne serait pas possible.

b. — Le procès doit *n'être pas encore terminé.* Par conséquent le retrait litigieux ne pourrait avoir lieu, si, lors de la cession, il était intervenu une décision judiciaire ayant acquis l'autorité définitive de la chose jugée. En ce cas il *y a eu* procès, mais il *n'y a plus* procès.

Toutefois la jurisprudence admet l'exercice du retrait litigieux après que le litige est terminé, lorsque la cession a été tenue cachée par le cessionnaire pendant toute la durée du procès. Il y a alors de la part du cessionnaire une fraude à la loi, dont il ne doit pas profiter.

2° *Qu'il y ait contestation sur le fond du droit.* Le fond du droit est contesté, quand le défendeur a pris des conclusions par lesquelles il nie l'existence du droit réclamé, en tout ou en partie, par exemple en invoquant la prescription ou le paiement.

Mais il n'y aurait pas contestation sur le fond du droit, si le défendeur s'était borné à opposer une exception d'incompétence (Dijon, 22 décembre 1876, Sir., 77. 2. 72, et Cass., 28 avril 1875, Sir., 76. 1. 64) ou de nullité de l'exploit; à plus forte raison, s'il n'avait pas encore constitué avoué au moment de la cession, ou si, en ayant constitué un, il n'avait pas pris de conclusions.

Les deux conditions qui viennent d'être indiquées sont nécessaires et suffisantes pour qu'un droit soit considéré comme litigieux. Quand elles existent, le juge ne pourrait pas décider que le droit n'est pas litigieux, parce que la contestation n'est pas sérieuse; et, en sens inverse, quand elles ne se trouvent pas réunies, le juge ne pourrait pas déclarer que le droit est litigieux, sous prétexte qu'il est susceptible d'être contesté sérieusement et qu'il le sera probablement. La définition, que l'art. 1700 donne du droit litigieux, lie le juge. Elle a été écrite précisément en vue de faire cesser les incertitudes, qui s'étaient élevées dans notre ancienne jurisprudence sur le point de savoir à quels caractères on peut reconnaître les droits litigieux. Notre législateur a pensé, et non sans raison, que la meilleure loi est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge.

648. Le retrait peut être exercé, tant que le droit cédé reste litigieux, c'est-à-dire tant que le procès allumé au sujet de ce droit n'a pas été définitivement éteint par une sentence ayant acquis l'autorité irrévocable de la chose jugée. Le retrait pourrait donc être exercé, même en cause d'appel, fût-ce la veille de la sentence (Paris, 27 novembre 1879, Sir., 80. 2. 211). On reconnaît même qu'il pourrait l'être pendant le cours de l'instance introduite sur la requête civile, ou sur le pourvoi en cassation, mais non avant que l'une ou l'autre de ces voies extraordinaires de recours ait été tentée et pendant la durée des délais que la loi accorde pour les exercer.

1. *Prestations à effectuer pour l'exercice du retrait.*

649. On peut établir en principe que le retrayant doit rendre le retrayé complètement indemne. Ce n'est que justice. Le retrayé est exproprié de son marché, et voit ainsi s'évanouir les espérances de gain qu'il avait conçues; au moins faut-il qu'il ne soit pas constitué en perte. L'art. 1699 a été écrit sous l'inspiration de cette pensée : « *Celui » contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte » par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec » les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le » cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite* ».

Ainsi le retrayant doit rembourser au retrayé :

1° *Le prix de la cession.* C'est le prix *réel* qui doit être remboursé et non le prix *fictif*. Ainsi les parties, en vue de paralyser l'exercice du droit de retrait, ont mensongèrement indiqué dans l'acte qui constate la cession un prix supérieur à celui réellement convenu entre elles, par exemple elles ont porté à 30,000 fr. le prix d'une cession faite en réalité pour 10,000 fr. Le retrayant, qui parviendrait à prouver l'existence d'une semblable fraude (et il aura le droit de faire cette preuve par tous les moyens possibles) ne devrait rembourser que le prix réel.

Si le prix de la cession n'a pas encore été payé par le cessionnaire, le retrayant prendra l'engagement de le payer à sa place à l'époque fixée par la convention, sauf aux juges à ordonner que le retrayant fournira des garanties pour ce paiement, une caution par exemple.

Au cas où une créance litigieuse aurait été cédée en bloc avec d'autres créances pour un prix unique, le cédé ne serait pas obligé, pour exercer le retrait litigieux, de rembourser au cessionnaire la somme totale représentant le prix de la cession, avec les frais et loyaux coûts, mais seulement la part afférente à la créance litigieuse.

Cette part sera déterminée au moyen d'une ventilation. Cass., 17 mars 1886, Sir., 86. 1. 208.

Si l'on suppose qu'une cession de droits litigieux a été faite moyennant la prestation d'une chose autre qu'une somme d'argent, auquel cas l'opération constitue un échange et non une vente, il faut admettre que le retrait litigieux sera possible (arg. art. 1707). Seulement ici le retrayant, dans l'impossibilité où il se trouvera de restituer au retrayé la chose même qu'il a donnée en échange du droit litigieux, devra lui restituer sa valeur.

Autre est le cas où la cession de droits litigieux a été faite à titre gratuit. La place qu'occupent les art. 1699 à 1701 au titre *De la vente*, l'impossibilité pour le retrayant, quand la cession est gratuite, de satisfaire à l'obligation que l'art. 1699 lui impose de rembourser le prix de la cession, enfin l'absence chez le donataire de droits litigieux de cet esprit de spéculation, dont on fait un crime aux acheteurs de procès et qui a été l'un des motifs invoqués lors de la confection de la loi à l'appui du retrait litigieux : tout concourt à prouver que cette institution est inapplicable aux cessions de droits litigieux faites à titre gratuit.

2° *Les intérêts du prix de la cession, à dater du jour où le cessionnaire a payé ce prix.*

3° *Les frais et loyaux coûts du contrat,* tels que les frais d'acte, les frais de signification et les droits d'enregistrement et de mutation.

Le droit d'enregistrement auquel donne lieu la cession étant *proportionnel,* son importance augmente avec le prix de la cession, et par conséquent, lorsque ce prix a été frauduleusement exagéré dans l'acte, l'enregistrement perçoit un droit supérieur à celui qui devrait être perçu en réalité. En pareil cas, le retrayant ne devra rembourser que le droit d'enregistrement afférent au prix réel. Le surplus n'est pas un coût loyal ; or le cessionnaire n'a droit qu'au remboursement des loyaux coûts.

4° Ce n'est pas tout : le retrayant doit supporter seul les frais de l'instance à laquelle a donné lieu le droit litigieux au sujet duquel le retrait est exercé, et par conséquent rembourser au cessionnaire ceux dont il aurait été obligé de faire l'avance. La loi ne le dit pas ; mais c'est une conséquence nécessaire du principe qui sert de base à ses décisions, savoir que le cessionnaire doit être rendu complètement indemne. D'ailleurs, en exerçant le retrait, le cédé se condamne en quelque sorte lui-même : vraisemblablement il n'userait pas de ce droit, s'il croyait gagner son procès ; les frais de l'instance doivent donc demeurer à sa charge, par application de l'art. 130 C. pr.

650. Faut-il, pour exercer le retrait, que le retrayant fasse des offres réelles au retrayé, ou suffira-t-il qu'il lui fasse des offres verbales ? Nous avons rencontré une question semblable relativement à l'exercice du droit de réméré (retrait conventionnel) ; celle qui nous occupe doit recevoir la même solution. Dans un cas comme dans l'autre, nous admettons la nécessité des offres réelles. Aux raisons développées sous le n. 589 on peut ajouter ici un argument de texte fourni par ces mots de l'art. 1699 : *en lui remboursant le prix de la cession,* et un argument *a fortiori,* tiré de l'art. 545, qui, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, exige le paiement préalable de l'indemnité d'expropriation.

2. *Effets du retrait.*

651. Les effets du retrait doivent être envisagés successivement dans les rapports du retrayant et du retrayé, et dans ceux du cédant et du cessionnaire.

a. — Entre le retrayant (cédé) et le retrayé (cessionnaire), tout se

passe comme si la cession n'avait jamais eu lieu. Il est vrai de dire alors avec Pothier que le retrayant prend pour son compte le marché du retrayé et devient acheteur à sa place. C'est comme si l'opération était intervenue directement entre le cédant et le cédé. Le retrayant n'est donc pas l'ayant cause du retrayé. Il en résulte notamment que tous les droits, qui auraient pris naissance du chef du retrayé sur la chose objet du retrait, devront être considérés comme non avenus ; ainsi en serait-il des saisies-arrêts qui auraient pu être faites par des créanciers du cessionnaire, si le droit cédé est une créance, et des servitudes ou hypothèques qu'il aurait établies sur l'immeuble litigieux, si la cession avait pour objet un droit de propriété sur un immeuble.

b. — Au contraire, dans les rapports du cédant et du cessionnaire, la cession ne doit pas être considérée comme non avenue. Le cédant peut l'invoquer et exiger l'exécution des obligations qu'elle impose au cessionnaire, par exemple le paiement du prix de la cession s'il lui est encore dû, sauf au cessionnaire à s'en faire rembourser par le retrayant. Le cessionnaire prétendrait en vain qu'étant exproprié de son marché il ne doit pas être tenu de l'exécuter, et que le retrayant doit lui être substitué pour cette exécution. Dans le silence des textes, les principes ne permettent pas de forcer ainsi le cédant à changer de débiteur malgré lui. Par où l'on voit que la définition du retrait, donnée par Pothier : « le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place », n'est exacte, appliquée au retrait litigieux, que dans les rapports du retrayant et du retrayé, et c'est pourquoi nous avons fait des réserves, au début, en reproduisant cette définition.

3. *Des cas exceptionnels dans lesquels le retrait litigieux n'est pas admis.*

652. « *La disposition portée en l'article* 1699 *cesse,* — 1° *Dans le cas* » *où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé;* » — 2° *Lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est* » *dû;* — 3° *Lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au* » *droit litigieux* (art. 1701).

Dans les trois cas prévus par ce texte, dont l'énumération est limitative, la cession, outre qu'elle a le plus souvent une cause légitime, présente un caractère accidentel qui exclut toute idée de spéculation chez le cessionnaire.

a. — La loi excepte d'abord « le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé ». J'ai une créance litigieuse contre Paul ; je meurs laissant deux héritiers *Primus* et *Secundus ; Primus* cède sa part dans la créance à *Secundus.* Paul ne pourra pas exercer le retrait. La raison en est que le but du retrait, qui est l'extinction d'un procès, ne peut pas être atteint dans l'espèce proposée. En effet, en supposant le retrait possible, il ne pourrait être

exercé dans tous les cas que pour la portion de créance qui a fait l'objet de la cession. *Secundus* conserverait donc l'autre portion qui lui appartient de son chef, et le procès continuerait pour cette portion. A quoi l'on peut ajouter que souvent la cession aura pour but de faciliter le partage de la masse indivise dont le droit litigieux fait partie : ce qui lui donne une cause légitime.

b. — Le second cas excepté est celui où la cession « a été faite à un » créancier en paiement de ce qui lui est dû ». La légitimité de la cause de la cession saute ici aux yeux : elle a pour but d'éteindre une dette du cédant envers le cessionnaire. C'est une *datio in solutum*, qui a sans doute été proposée par le débiteur, parce qu'il n'avait pas d'autre moyen de se libérer, et acceptée faute de mieux par le créancier.

c. — Enfin notre article excepte le cas où la cession a été faite » au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux ». Ce qui légitime ici la cession aux yeux du législateur, c'est le but que se propose d'atteindre le cessionnaire : il veut consolider son droit sur l'immeuble dont il est possesseur. La pratique n'offre guère d'exemples d'application de cette exception.

TITRE VII

De l'échange.

653. L'échange présente une très grande analogie avec la vente. La principale différence entre ces deux contrats consiste en ce que, dans la vente, il y a une chose et un prix, tandis que, dans l'échange, il y a deux choses qui se servent réciproquement de prix.

Comme la vente, l'échange est un contrat consensuel. « *L'échange* », dit l'art. 1703, « *s'opère par le seul consentement, de la même manière* » *que la vente* ». La tradition n'est donc pas nécessaire pour la perfection de ce contrat, à la différence de ce qui avait lieu en droit romain où l'échange était un contrat réel innommé.

Chaque contractant, dans l'échange, s'engage à transférer à l'autre la propriété d'une chose; et, comme, dans notre droit, l'obligation de transférer la propriété, ou obligation de *donner*, est réputée immédiatement exécutée et rend de suite le créancier propriétaire (art. 1138), il en résulte que la propriété des choses, qui font l'objet du contrat d'échange, est immédiatement transmise *ex utroque latere*. C'est du moins ce qui arrive dans les cas ordinaires, où l'échange s'applique à des corps certains. Ainsi je conviens avec vous d'échanger ma maison contre votre métairie; immédiatement vous devenez propriétaire de ma maison et moi de votre métairie. Mais la translation immédiate de

la propriété ne serait pas possible, si l'une des deux choses ou les deux choses comprises dans l'échange étaient indéterminées, ou, pour mieux dire, déterminées seulement quant à leur espèce : par exemple si je conviens avec vous d'échanger mon billard contre cinquante hectolitres de froment, ou cinquante hectolitres de froment contre cinq barriques de vin. En pareil cas, la translation de la propriété ne sera possible, pour la chose ou pour les choses indéterminées, que quand elles auront été individualisées : ce qui a lieu ordinairement par la livraison. Mais cela n'empêchera pas l'opération d'être un échange.

Par où l'on voit que l'art. 1702 est trop restrictif, quand il dit : « *L'échange est un contrat par lequel les parties* SE DONNENT *respectivement une chose pour une autre* ». Il aurait fallu dire : « *se donnent* OU S'OBLIGENT A SE DONNER. Le mot *donner* est pris ici dans le sens du mot latin *dare,* et signifie par conséquent *transférer la propriété.*

654. A raison de l'affinité qui existe entre la vente et l'échange, la loi déclare qu'en principe les règles de la vente sont applicables à l'échange : « *Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange* », dit l'art. 1707. Les art. 1704 et 1705 peuvent être considérés comme des applications particulières de ce principe, applications que le législateur aurait pu se dispenser d'indiquer.

PREMIÈRE APPLICATION. « *Si l'un des copermutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue* » (art. 1704). C'est l'application à l'échange, et une application incomplète, du principe consacré en matière de vente par l'art. 1599. De même que la vente est nulle, quand le vendeur n'est pas propriétaire de la chose vendue, de même l'échange est nul, quand l'un des deux copermutants n'est pas propriétaire de la chose qu'il a donnée ou promise en échange. La raison en est la même dans les deux cas : c'est que la translation de propriété promise n'a pu s'effectuer. Celui des deux copermutants, qui est en mesure de prouver que l'autre n'était pas propriétaire de la chose qu'il a donnée ou promise en échange, peut donc, invoquant la nullité du contrat, et sauf à restituer la chose qu'il a reçue, garder celle qu'il a promise, s'il n'en a pas encore fait la tradition (art. 1704) ; ajoutons : et même la répéter s'il l'a livrée. Sans préjudice, dans l'un et l'autre cas, des dommages et intérêts qui peuvent lui être dus s'il est de bonne foi (arg. art. 1599).

DEUXIÈME APPLICATION. « *Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange, a le choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose* » (art. 1705). C'est l'application à

l'échange des règles relatives à la garantie de l'éviction en matière de vente. V. art. 1626 et s.

655. Différences entre l'échange et la vente. — Les ressemblances entre la vente et l'échange étant beaucoup plus nombreuses que les différences, on a plus vite fait d'indiquer ces dernières.

Première différence. Aux termes de l'art. 1706 : « *La rescision pour* » *cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange* ». Au contraire, la vente, au moins lorsqu'elle a pour objet un immeuble, est rescindable pour lésion de plus de sept douzièmes *au préjudice du vendeur*. La raison de cette différence est que, dans l'échange, chaque partie est acheteur aussi bien que vendeur. En supposant que la rescision pour cause de lésion dût recevoir son application à l'échange, il aurait donc fallu l'autoriser au profit des deux contractants, à la différence de ce qui a lieu en matière de vente (art. 1683) : ce qu'on devait d'autant moins admettre que le copermutant, lésé par le contrat d'échange, ne peut pas se dire victime de la contrainte morale qui force souvent un homme à bout de ressources à vendre son bien à vil prix. On peut être forcé de vendre ; on n'est jamais forcé d'échanger.

Deuxième différence. Les frais de la vente sont supportés par une seule partie, l'acheteur (art. 1593). Au contraire, les frais du contrat d'échange sont supportés également par les deux contractants.

Troisième différence. Les pactes obscurs ou ambigus du contrat de vente s'interprètent contre le vendeur (art. 1602). Cette règle, dont l'application suppose nécessairement un contrat dans lequel chacune des parties joue un rôle différent, est par cela même inapplicable à l'échange. Le droit commun conservera donc son empire pour l'interprétation des clauses de ce contrat.

Quatrième différence. Les droits fiscaux à payer pour l'échange sont moins lourds que les droits fiscaux en matière de vente V. en ce qui concerne les immeubles : l. du 28 avril 1816 art. 52, l. du 21 juin 1875 art. 4, et l. du 3 novembre 1884.

TITRE VIII

Du contrat de louage.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

656. Définition. — Le louage est un contrat par lequel une personne (*bailleur*) s'engage à mettre pendant un certain temps sa chose ou son activité au service d'une autre personne (*preneur*), moyennant un certain prix (*loyer, fermage*) que celle-ci s'oblige de lui payer.

Pendant un certain temps. On ne peut pas faire un bail perpétuel, ni même un bail temporaire dont la durée dépasse 99 ans. Arg. art. 1 de la loi des 18-29 décembre 1790. D'ailleurs le bail peut être fait pour toute la durée de la vie du preneur, ou pour tout le temps qu'il voudra, stipulation qui équivaut à un bail à vie, avec faculté de résiliation pour le preneur quand il le jugera à propos. Notre loi autorise même le bail à vie sur plusieurs têtes, « à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois » (texte précité).

Moyennant un certain prix. Ce prix consiste ordinairement en argent; exceptionnellement il peut consister en denrées. V. art. 1763.

657. Diverses espèces de louage. — *Il y a deux sortes de con-* » *trats de louage : — Celui des choses, — Et celui d'ouvrage* » (art. 1708).

Les Romains distinguaient trois espèces de louage : 1° *locatio conductio rerum;* 2° *locatio conductio operarum ;* 3° *locatio conductio operis.* Les deux dernières sont confondues dans le code civil, sous la dénomination générale de *louage d'ouvrage* (art. 1708 et 1710).

Définition du louage des choses. — « *Le louage des choses est un* » *contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une* » *chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que* » *celle-ci s'oblige de lui payer* » (art. 1709).

= *A faire jouir.* Ou quelquefois à procurer seulement l'usage de la chose.

Celle des parties qui s'oblige à procurer la jouissance de la chose, porte le nom de *bailleur* ou *locateur.* L'autre partie, qui s'oblige à payer le prix comme contre-valeur de la jouissance, est désignée sous la dénomination générique de *preneur,* et sous les dénominations spéciales de *locataire,* quand la chose louée est une maison ou un meuble, et de *fermier,* ou *colon partiaire,* quand c'est un fonds rural, — *fermier,* si le prix de la location est *ferme,* mille francs, cent hectolitres de froment, — *colon partiaire,* si le prix consiste dans une quotité des fruits. Ordinairement cette quotité est de la moitié, et alors le colon partiaire est quelquefois appelé *métayer,* de *meta,* moitié.

Définition du louage d'ouvrage. — « *Le louage d'ouvrage est un* » *contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour* » *l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* » (art. 1710).

Celle des parties qui fait travailler et qui *paie* le prix du travail porte le nom de *maître,* et l'autre, celui de *domestique, ouvrier, entrepreneur, architecte, voiturier,* suivant les cas. C'est cette dernière partie qui doit être considérée comme jouant dans le contrat le rôle de *bailleur ;* la chose louée est le travail ou l'industrie.

« *Ces deux genres de louage* [le louage des choses et le louage d'ou- » vrage] *se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières : — On* » *appelle* bail à loyer, *le louage des maisons et celui des meubles; — Bail* » à ferme, *celui des héritages ruraux;* — Loyer, *le louage du travail ou* » *du service;* — Bail à cheptel, *celui des animaux dont le profit se par-*

» *tage entre le propriétaire et celui à qui il les confie.* — *Les* devis, » marché *ou* prix fait, *pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix* » *déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par* » *celui pour qui l'ouvrage se fait.* — *Ces trois dernières espèces ont des* » *règles particulières* » (art. 1711).

« *Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établis-* » *sements publics, sont soumis à des règlements particuliers* » (art. 1712).

658. Distinction de la vente et du louage. — Le louage présente une très grande analogie avec la vente. Dans l'un et l'autre contrat nous rencontrons les mêmes éléments essentiels : *consensus, res, pretium.* Aussi est-il permis la plupart du temps d'argumenter par analogie de la vente au louage; la remarque en a été faite par le rapporteur du Tribunat : notamment il y aurait lieu d'appliquer aux promesses de louage ce que la loi dit des promesses de vente. La principale différence entre les deux contrats consiste en ce que la vente engendre une obligation de *donner,* tandis que le louage engendre seulement une obligation de *faire;* pour préciser, tandis que le vendeur s'oblige à rendre l'acheteur propriétaire, le bailleur s'oblige seulement à faire jouir le preneur de sa chose ou de ses services.

A notre avis, cette différence en entraîne une autre. La vente peut être considérée dans notre droit comme un contrat translatif de propriété par sa nature, la loi réputant immédiatement exécutée l'obligation de *donner* que contracte le vendeur, au moins lorsque la vente a pour objet un corps certain. De là cette conséquence formulée par l'art. 1599 que la vente de la chose d'autrui est nulle : elle est nulle, parce qu'elle recèle une impossibilité juridique, le vendeur ne pouvant pas transférer un droit de propriété qui ne lui appartient pas. Cette disposition ne doit pas être étendue au louage : le louage de la chose d'autrui est valable à notre avis. En effet le louage n'est pas un contrat translatif de propriété, mais simplement un contrat productif d'obligations; or aucune règle de droit ni de raison ne s'oppose à ce que l'on contracte une obligation relativement à la chose d'autrui, sauf les dommages et intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution de cette obligation.

Quelquefois il s'élèvera des doutes sur le point de savoir si telle convention constitue une vente ou un louage. Le nom que les parties ont donné à l'opération ne doit constituer qu'un élément tout à fait secondaire d'appréciation pour le juge chargé de déterminer, en cas de contestation, la véritable nature du contrat. C'est surtout en examinant de près ses divers éléments qu'il devra se décider, conformément à la règle *Contractus, non ex nomine, sed ex re legem accipiunt.* D'autant plus que la pratique révèle une tendance manifeste des parties à dissimuler sous le nom de *louages* de véritables ventes, sans doute parce que le louage donne lieu à la perception de droits fiscaux moins élevés que la vente.

659. Différences entre le louage et l'usufruit. — La principale consiste en ce que l'usufruit est un droit réel, tandis que le droit résultant pour le preneur du contrat de louage est personnel. Cela est de tradition. On a cependant soutenu cette insoutenable doctrine que le droit du preneur est réel. Mais l'art. 1743, qui a été invoqué en faveur de cette thèse, ne lui fournit qu'un bien frêle appui. Nous le démontre-

rons, lorsque nous arriverons à l'explication de ce texte; c'est là qu'est le siège de la matière.

Ainsi l'usufruitier a un droit réel de jouissance; le preneur, un droit personnel, une créance de jouissance contre le bailleur. Il s'ensuit que le nu propriétaire est seulement tenu de *laisser jouir* l'usufruitier, c'est-à-dire de ne pas mettre obstacle à l'exercice de son droit de jouissance; tandis que le bailleur est tenu de *faire jouir* le preneur, c'est-à-dire de lui procurer la jouissance de la chose. Le premier n'est tenu que d'un rôle passif, *tenetur in non faciendo;* le second doit jouer un rôle actif, *tenetur in faciendo.*

Ce principe est fertile en conséquences; nous nous bornerons à en signaler une. L'usufruitier prend la chose dans l'état où elle est (art. 600) : si des réparations sont nécessaires pour l'exercice de son droit de jouissance, il ne peut pas forcer le nu propriétaire à les faire ; il ne peut pas exiger non plus que le propriétaire fasse les réparations dont le besoin se fait sentir pendant la durée de l'usufruit ; c'est à l'usufruitier de faire le nécessaire pour que son droit de jouissance puisse s'exercer et se continuer. Au contraire le preneur, ayant le droit d'exiger que le bailleur le fasse jouir, peut forcer celui-ci à lui délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce (art. 1720), et exiger que, pendant toute la durée du bail, il entretienne la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée (art. 1719-2°).

CHAPITRE II

DU LOUAGE DES CHOSES

660. Quelles choses peuvent être louées. — « *On peut louer* » *toutes sortes de biens meubles et immeubles* », dit l'art. 1713.

D'une manière générale, toutes les choses qui sont susceptibles d'être vendues peuvent être louées. Cette règle souffre exception toutefois en ce qui concerne les choses consomptibles, telles que les denrées : ces choses peuvent bien faire l'objet d'une vente, mais non d'un louage. La raison en est que le louage confère au preneur le droit de jouir de la chose, et lui impose l'obligation de la restituer en nature, *in specie ;* or, jouissance et restitution en nature sont ici deux idées incompatibles, puisqu'il s'agit de choses dont on ne peut jouir sans les consommer, *quarum usus in abusu consistit.* Pour concevoir la possibilité d'un louage portant sur des choses consomptibles, il faut songer à l'hypothèse peu pratique d'un louage qui serait fait *ad pompam et ostentationem.*

En sens inverse, les choses, qui ne sont pas susceptibles d'être vendues ne peuvent pas en général être louées. Ainsi les droits d'usage et d'habitation ne peuvent pas plus être loués que vendus (art. 631 et 634). De même on ne peut ni louer ni vendre une servitude prédiale, séparément du fonds auquel elle est inhérente ; les servitudes sont des qualités des fonds, *qualitates prædiorum*, qui ne peuvent en être détachées.

Cette deuxième règle, comme la première, souffre cependant quelques exceptions. Nous en avons déjà rencontré une relativement aux fonds dotaux : l'art. 1554 défend de les vendre, et ils peuvent cependant être loués. De même les places publiques ne peuvent être vendues, et cependant tous les jours on les loue, pour la durée d'une foire par exemple.

661. Capacité requise. — Le bail est de sa nature un acte de simple administration.

De là il suit que celui qui a la capacité requise pour administrer peut prendre un bien à bail.

Il s'ensuit aussi que, pour pouvoir donner un bien à bail, il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité requise pour l'aliéner; il suffit d'avoir le droit de l'administrer. Ainsi un mineur émancipé peut donner ses biens à bail, et cependant il est incapable de les aliéner; il en est de même du tuteur relativement aux biens de son pupille, du mari, sous la plupart des régimes, relativement aux biens de sa femme.

Cependant la loi soumet quelquefois à certaines restrictions le droit, qu'elle reconnaît à un propriétaire incapable d'aliéner, de consentir des baux. Ainsi le mineur émancipé ne peut pas passer de baux dont la durée excède neuf ans (art. 481). A ce point de vue, la situation de la femme, séparée de biens contractuellement ou judiciairement, nous paraît être la même (arg. art. 1449). Mais nous n'en dirions pas autant des prodigues ou des faibles d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire; les art. 499 et 513 déterminent limitativement les actes qu'ils ne peuvent faire sans l'assistance de leur conseil, et nous ne voyons pas les baux de plus de neuf ans figurer sur la liste.

Les administrateurs du bien d'autrui sont soumis à des restrictions de la même nature. Le siège de la matière est dans les art. 1429 et 1430, qui déterminent l'étendue de ces restrictions en ce qui concerne les baux passés par le mari relativement aux biens de sa femme, sous le régime de la communauté. Nous avons vu que l'art. 595 déclare ces restrictions applicables aux baux consentis par l'usufruitier, et un article de notre titre les étend aux baux des biens des mineurs : « *Les articles* » *du titre* du Contrat de Mariage et des Droits respectifs des Epoux, *relatifs aux* » *baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des* » *mineurs* », dit l'art. 1718. Ainsi qu'on le voit, la loi, en ce qui concerne les biens appartenant à un mineur, ne distingue pas si le bail est passé par le mineur lui-même (ce qu'il n'a le droit de faire que lorsqu'il est émancipé) ou s'il est passé par son tuteur; les art. 1429 et 1430 sont donc applicables dans le second cas comme dans le premier. Sur ce point, l'art. 1718 est venu compléter le titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, qui ne contient pas d'autre disposition que celle de l'art. 481 : « Le mineur émancipé passera les baux dont la durée » n'excédera point neuf ans ».

SECTION PREMIÈRE

DES RÈGLES COMMUNES AUX BAUX DES MAISONS ET DES BIENS RURAUX

662. Division. — Comment se prouve le contrat de louage ; quelles sont les obligations du bailleur; quelles sont les obligations du preneur ; comment le contrat de louage prend fin; quelle est la nature du droit du preneur : telles sont les questions à examiner. Elles formeront l'objet d'autant de paragraphes.

§ I. *De la preuve du contrat de louage.*

663. Le louage est un contrat consensuel, *solo consensu perficitur ;* l'écriture n'est donc pas nécessaire pour sa perfection. « *On peut louer* » *ou par écrit, ou verbalement* », dit l'art. 1714.

La preuve du contrat de louage n'offre rien de particulier, s'il a été dressé un acte soit authentique, soit sous seing privé pour le constater; le droit commun s'applique alors de tous points.

Il n'en est pas de même pour les baux faits verbalement, c'est-à-dire sans écrit. La preuve en est soumise à des règles particulières qui sont établies par les art. 1715 et 1716. La loi distingue si l'exécution du bail a ou non commencé.

664. Première hypothèse. *L'exécution du bail n'est pas commencée.* L'art. 1715 dit à ce sujet : « *Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu » aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être » reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on » allègue qu'il y a eu des arrhes données. — Le serment peut seulement » être déféré à celui qui nie le bail* ».

L'existence d'un bail verbal, qui n'a encore reçu aucun commencement d'exécution, est contestée par l'une des parties. Les règles du droit commun auraient autorisé l'autre partie, qui affirme l'existence du bail, à la prouver par témoins s'il ne s'agit pas de plus de 150 fr. Notre article interdit cette preuve, sans doute pour tarir dans leur source une foule de petits procès.

Pour le surplus, le droit commun reprend entièrement son empire. En effet il s'applique sur tous les points où la loi n'y a pas dérogé par une disposition formelle; or la seule dérogation certaine que notre texte y apporte, consiste dans la prohibition de la preuve par témoins, quelque minime que soit le prix du bail.

De là nous conclurons : 1° que l'existence du bail contesté pourra être prouvée par le serment, non seulement par le serment décisoire, déféré par celui qui affirme le bail, comme le suppose notre article à la fin de sa disposition, mais aussi par le serment supplétoire, que le juge sera autorisé à déférer suivant les termes du droit commun (art. 1367); 2° que l'aveu de la partie qui refuse d'exécuter le bail fera pleine preuve contre elle; et cet aveu pourrait être provoqué par l'adversaire au moyen d'un interrogatoire sur faits et articles (Cass., 26 janvier 1885, Sir., 85. 1. 109, et les renvois); 3° que la preuve testimoniale de l'existence du bail devra être admise sans limitation, si un écrit avait été dressé originairement pour le constater et que cet écrit eût été perdu *par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure* (art. 1348 *in fine*); 4° que l'existence d'un commencement de preuve par écrit rendrait la preuve testimoniale admissible conformément à l'art. 1347. V. cependant Caen., 12 novembre 1883, Sir., 84. 2. 15; 5° que la disposition de l'art. 1715 n'est pas applicable à la résiliation du bail, dont la preuve demeure par conséquent soumise aux règles du droit commun. V. cependant Cass., 4 janvier 1887, Sir., 87. 1. 57.

665. Deuxième hypothèse. *L'exécution du bail verbal est commencée.* Il faut distinguer si le commencement d'exécution est ou n'est pas contesté.

a. — Le commencement d'exécution n'est pas contesté. En pareil cas, le litige ne portera pas sur l'existence même du bail, mais seulement sur le prix, la durée et les autres conditions du contrat.

α. En ce qui concerne le prix, l'art. 1716 dispose : « *Lorsqu'il y aura* » *contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et* » *qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son* » *serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par* » *experts; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'es-* » *timation excède le prix qu'il a déclaré* ».

Ainsi le prix du bail sera déterminé tout d'abord d'après les quittances des loyers ou fermages payés par le preneur depuis son entrée en jouissance; car il est probable que le prix du bail a été fixé d'une manière uniforme pour toute sa durée. S'il n'existe pas de quittances, ou si elles ne sont pas produites, la loi, accordant dans tous les cas au bailleur une préférence qui n'est peut-être pas suffisamment justifiée, décide que le prix du bail sera fixé par son affirmation sous serment. Et toutefois, si le preneur estime que le serment du bailleur ne lui offre pas une garantie suffisante, il peut lui ravir le bénéfice de la fixation du prix, en demandant une estimation par experts, dont il supportera les frais *si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré.*

En somme, l'art. 1716 établit une double dérogation au droit commun; le mérite de l'une et de l'autre est d'ailleurs fort contestable : 1° la preuve de l'importance du prix d'un bail, dont l'existence n'est pas contestée, ne peut en aucun cas être faite par témoins, quelque minime que soit l'intérêt en litige; 2° le juge ne peut pas déférer le serment au preneur pour la fixation du prix, alors même qu'il lui inspirerait plus de confiance que le bailleur.

D'ailleurs l'art. 1716, de même que l'art. 1715, ne déroge, ni aux règles relatives à l'aveu judiciaire, ni à l'art. 1347, ni à plus forte raison à l'art. 1348-4°.

β. L'art. 1716 ne s'est pas expliqué sur la preuve de la durée, et des conditions du bail autres que le prix. M. Laurent en conclut qu'on devrait sur ces divers points se référer aux règles du droit commun. Une opinion très accréditée, qui a été suivie par la jurisprudence, enseigne au contraire qu'il y aurait lieu d'appliquer par analogie, en ce qui concerne la durée du bail, les dispositions des art. 1736, 1758 et 1774. — Cpr. Bordeaux, 23 janvier 1878, Sir., 78. 2. 137.

b. — Le commencement d'exécution du bail est contesté. Ce commencement d'exécution pourra-t-il être prouvé par témoins ? Non, même s'il ne s'agit pas de plus de 150 fr. La jurisprudence de la cour de cassation est très ferme dans ce sens. Et en effet celui qui nie le commencement d'exécution du bail, nie par cela même l'existence du bail, et, si son adversaire était admis à prouver par témoins le commencement d'exécution, il arriverait à prouver par témoins l'existence même du bail contesté : ce que ne permet pas l'art. 1715 (Cass., 25 août 1884, Sir., 84. 1. 424).

§ II. *Obligations du bailleur.*

666. Le bailleur n'est tenu en réalité que d'une seule obligation : faire jouir le preneur de la chose louée pendant toute la durée du bail. Mais c'est là une obligation complexe; l'analyse permet de la décomposer en plusieurs autres qu'indique l'art. 1719 : « *Le bailleur » est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune » stipulation particulière, — 1° De délivrer au preneur la chose louée; — » 2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle » a été louée ; — 3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la » durée du bail* ».

Etudions successivement ces diverses obligations.

I. *Obligation de délivrer la chose.*

667. « *Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de répara- » tions de toute espèce* », dit l'art. 1720 al. 1. Cette disposition signifie que le locateur doit exécuter toutes les réparations dont le besoin se fait sentir au moment de l'entrée en jouissance du preneur, même les réparations dites *locatives* (art. 1754). Le preneur est bien tenu des réparations locatives qui deviennent nécessaires pendant la durée du bail (art. 1720 al. 2), parce qu'elles ont probablement été occasionnées par sa négligence ou celle des personnes dont il répond ; mais il n'y avait aucun motif pour mettre à sa charge les réparations de cette nature, dont la cause est antérieure à son entrée en jouissance et ne peut par suite lui être imputée. Ainsi, les réparations locatives, nécessaires au moment de l'entrée en jouissance du preneur, sont à la charge du bailleur ; celles qui deviennent nécessaires pendant le cours du bail sont à la charge du preneur. Le tout, sauf stipulation contraire.

A la différence du bailleur, le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose en bon état ; il la délivre dans l'état où elle se trouve au moment de la vente (art. 1614) ; son obligation de ce chef est donc moins rigoureuse que celle du bailleur. C'est que le vendeur n'est pas tenu de *faire jouir* l'acheteur, mais seulement de lui faire avoir la chose à titre de propriétaire. D'ailleurs, le bailleur pourrait en cas de résistance être contraint à la délivrance *manu militari*, de même que le vendeur.

668. La délivrance dont est tenu le bailleur devant mettre le preneur à même de jouir de la chose ou tout au moins d'en user, il s'ensuit que cette obligation n'est qu'imparfaitement remplie, si la chose se trouve atteinte de vices qui ne permettent pas de l'employer à l'usage auquel elle est destinée dans la commune intention des parties. Aussi l'art. 1721 al. 1 dispose-t-il : « *Il est dû garantie au preneur pour » tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, » quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail* ».

= *Qui en empêchent l'usage.* Dans le passage auquel notre article a été emprunté, Pothier dit : « qui en empêchent *complètement* l'usage ». En supprimant le mot *complètement,* les rédacteurs du code civil ont probablement voulu rendre le bailleur garant même des vices, qui, sans empêcher absolument l'usage de la chose, constituent cependant une grave incommodité. Par application de ce principe, plusieurs décisions judiciaires ont prononcé la résiliation de baux à loyer, parce que la maison louée était infectée de punaises, et que d'ailleurs le bailleur refusait de faire les frais nécessaires pour les détruire. Caen, 13 juillet 1885, Sir., 86. 2. 31.

669. Il se peut que les vices dont la chose louée était atteinte aient occasionné, indépendamment de la diminution de jouissance, quelque perte matérielle au preneur, par exemple des détériorations dans ses meubles; il peut arriver également que la privation de jouissance subie par le preneur l'ait empêché de réaliser un gain plus ou moins considérable. De ces divers chefs, le bailleur lui devra des dommages et intérêts. C'est ce que dit l'art. 1721 al. 2 : « *S'il résulte de ces vices* » *ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'in-* » *demniser* ».

D'après la jurisprudence, le bailleur est tenu de cette indemnité, même quand il est de bonne foi, c'est-à-dire quand il s'agit de vices dont il a ignoré l'existence lors de la conclusion du contrat (argument du mot *ces,* qui dans le texte précité paraît bien se référer aux vices dont la loi vient de parler, c'est-à-dire aux vices même inconnus du bailleur). La loi se montrerait donc plus sévère sur ce point à l'égard du bailleur qu'à l'égard du vendeur. Cpr. art. 1646. En ce sens, Aix, 5 janvier 1877, Sir., 78. 2. 167.

Le preneur ne saurait élever aucune réclamation à raison des vices dont il a connu l'existence lors du contrat. On devrait en général présumer qu'il a eu connaissance des vices apparents; car il a dû visiter avec soin la chose avant de traiter. Paris, 3 juillet 1882, Sir., 84. 2. 7

II. *Obligation d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée.*

670. L'obligation dont est tenu le bailleur de faire jouir le preneur est une obligation *successive,* qui se répète chaque jour, *quotidie,* jusqu'à la fin du bail. Il ne suffit donc pas que le bailleur fasse le nécessaire pour que la jouissance du preneur puisse s'exercer au moment de la délivrance; il est obligé de lui procurer la continuation de cette jouissance sans interruption jusqu'à la fin du bail. De là l'obligation que l'art. 1719-2° impose au bailleur, d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée.

Cette obligation se décompose en plusieurs autres.

1° Le bailleur doit « *faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui* » *peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives* » (art. 1720 al. 2).

2° Le bailleur est garant de la perte totale ou partielle de la chose, survenue pendant la durée du bail, en ce sens qu'il est tenu, suivant les circonstances, de subir ou la résiliation du bail ou une diminution du prix. On lit à ce sujet dans l'art. 1722 : « *Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit,* » *le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut,*

» *suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation* » *même du bail. Dans l'un et 'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement* ».

La jurisprudence fait l'application de ce texte au cas où l'exécution de travaux publics cause à l'immeuble loué un dommage permanent et irréparable ou le rend impropre à l'usage auquel il était destiné. Elle l'applique également au cas où, en vertu de la loi du 13 avril 1850, l'autorité administrative déclare en tout ou en partie les lieux loués impropres à l'habitation, ce qui a pour résultat d'en faire perdre la jouissance au locataire. Paris, 23 juin 1885, Sir., 87. 2. 123.

Il résulte de notre texte que le bailleur ne peut pas être forcé de reconstruire les bâtiments loués ou la partie de ces bâtiments qui a été détruite par un cas fortuit; la loi oblige le bailleur à faire toutes les réparations qui deviennent nécessaires pendant la durée du bail, même les grosses, mais non les reconstructions. Dans la pratique, il pourra s'élever des difficultés pour distinguer les grosses réparations des reconstructions. Cette question paraît être du domaine de l'architecte plus que de celui du jurisconsulte. La réfection d'une cheminée abattue par un ouragan est certainement une réparation; le bailleur sera tenu de la faire. Mais il ne serait pas obligé de rebâtir un pavillon, dépendant de la maison louée, qui aurait été dévoré par un incendie; c'est une reconstruction.

3° Le bailleur est garant des vices survenus pendant la durée du bail et qui font obstacle à la jouissance du preneur ou diminuent cette jouissance. Suivant les circonstances, ces vices peuvent donner lieu à la résiliation du bail, ou seulement à une diminution des loyers ou fermages à échoir. Mais le preneur n'a pas droit en outre à des dommages et intérêts (arg. art. 1722 *in fine*).

III. *Obligation de faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail.*

671. Le bailleur n'est pas seulement tenu de procurer au preneur la jouissance de la chose louée, il doit lui procurer une jouissance *paisible* pendant toute la durée du bail. De là l'obligation pour le bailleur de garantir le preneur des troubles que des tiers apporteraient à sa jouissance, et à plus forte raison de ne pas le troubler lui-même. Nous parlerons d'abord de cette dernière obligation.

1. *Obligation pour le bailleur de ne pas troubler le preneur.*

672. Celui qui a loué une métairie, dit Pothier, ne peut plus en percevoir aucuns fruits, à moins qu'il ne s'en soit réservé le droit : ce serait troubler le preneur dans sa jouissance, ce que le bailleur n'a pas le droit de faire.

C'est évident. Voici une application un peu moins transparente, mais aussi incontestable de notre principe. J'ai donné à bail une maison avec un jardin attenant; ce jardin est limité sur une de ses faces par le mur d'une autre maison dont je suis également propriétaire. Je ne pourrai pas, pendant la durée du bail, ouvrir des vues dans ce mur; je troublerais ainsi la jouissance de mon locataire, qui, n'ayant aucune vue sur lui à l'époque du contrat, a dû compter que cet état de choses persisterait pendant toute la durée du bail. Cela résulte de l'art. 1723 : « *Le bailleur ne peut,* » *pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée* ». Il eût été préférable, à notre avis, de donner à cet article la formule suivante : Le bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer l'état de choses qui existait lors du contrat. Cpr. Cass., 19 juin 1882, Sir., 84. 1. 238.

Par application du même principe, il a été jugé que le bailleur ne peut pas, pendant la durée du bail, faire surhausser la maison louée d'un étage. Jugé également que le propriétaire, qui a loué une partie de sa maison, ne peut louer l'autre partie pour un usage de nature à troubler la tranquillité du premier locataire (Bordeaux, 29 mai 1879, Sir., 80. 2. 4).

673. Le principe que le bailleur n'a pas le droit de troubler la jouissance du preneur reçoit une limitation qu'indique l'art. 1724 : « *Si, durant le bail, la chose louée a besoin de réparations urgentes et* » *qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir,* » *quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pen-* » *dant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée. — Mais, si ces* » *réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail sera dimi-* » *nué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il* » *aura été privé. — Si les réparations sont de telle nature qu'elles ren-* » *dent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa* » *famille, celui-ci pourra faire résilier le bail* ».

Ainsi se trouvent conciliés, dans la mesure du possible, les intérêts rivaux qui se trouvent ici en présence. Sans doute le bailleur n'a pas le droit de troubler la jouissance du preneur ; aussi celui-ci peut-il s'opposer à ce que le bailleur exécute pendant la durée du bail une réparation, qui peut être ajournée sans danger jusqu'à son expiration et que le bailleur veut sans doute exécuter immédiatement pour pouvoir trouver à relouer sa maison aussitôt que le bail aura cessé. Mais il ne faut pas non plus exagérer le droit du preneur jusqu'à lui permettre de s'opposer à l'exécution de réparations urgentes, dont l'ajournement entraînerait peut-être la perte de la chose ou une détérioration considérable. Telle n'a pu être la commune intention des parties lorsqu'elles ont contracté. Le preneur devra donc souffrir ces réparations, quelque incommodité qu'elles lui causent. Il n'aura droit à aucune indemnité, si les travaux durent moins de quarante jours : la fixation de l'indemnité eût été trop difficile pour une privation de jouissance momentanée. Si les travaux durent plus de quarante jours, le preneur a droit à une diminution du prix du bail. Cette diminution devra être proportionnelle à l'étendue de la privation de jouissance subie par le preneur et à la durée *totale* de cette privation, qui est égale à la durée des travaux. Par conséquent le preneur pourra se faire indemniser même de la privation de jouissance qu'il a subie pendant les quarante premiers jours. Si la maison devient inhabitable pour le preneur et sa famille, il peut demander la résiliation du bail, alors même que les travaux devraient durer moins de quarante jours.

2. *Obligation pour le bailleur de garantir le preneur des troubles provenant du fait d'un tiers.*

674. En ce qui concerne les troubles provenant du fait d'un *tiers,* c'est-à-dire de toute personne autre que le bailleur ou ses ayant cause universels, la loi distingue les troubles *de fait* et les troubles *de droit.*

Le trouble *de fait* est celui qui résulte de simples voies de fait, le trouble *de droit* celui qui est occasionné par une voie de droit.

675. A. *Trouble de fait.* Nous venons de dire que c'est celui qui résulte de simples voies de fait. Voici les exemples cités par Pothier (n. 81) : « si des laboureurs voisins font paître leurs troupeaux dans les prés d'une métairie que je tiens à ferme, et ce par voie de fait sans prétendre en avoir le droit; si des voleurs, au clair de lune, vendangent mes vignes ; si des gens jettent du coclevant dans les étangs, et en font mourir les poissons ». Le trouble de fait que subit le preneur donne-t-il lieu à la garantie à son profit ? Non; la loi n'a pas voulu rendre le bailleur responsable de semblables troubles, parce que le plus souvent ils seront le résultat de la négligence du preneur, qui aurait pu les éviter avec une surveillance plus active, ou constitueront un acte de vengeance dirigé contre sa personne. Le seul droit du preneur, en pareil cas, sera de poursuivre l'auteur du trouble par les voies judiciaires, pour le faire condamner à des dommages et intérêts. L'impossibilité où se trouverait le preneur d'obtenir la réparation du trouble, parce que l'auteur en est inconnu ou parce qu'il est insolvable, ne l'autoriserait pas à recourir contre le bailleur. C'est ce qui résulte, à n'en pas douter, des termes tout à fait généraux de l'art. 1725, ainsi conçu : « *Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur* » *du trouble que des tiers apportent par voie de fait à sa jouissance,* » *sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée; sauf au pre-* » *neur à les poursuivre en son nom personnel* ».

Mais le bailleur doit intervenir, dès que l'auteur du trouble prétend avoir quelque droit sur la chose louée, soit qu'il manifeste cette prétention au moment même où il accomplit la voie de fait (art. 1725), soit qu'il ne l'élève que plus tard, sur l'action en dommages et intérêts intentée contre lui par le preneur (art. 1727); car c'est alors le droit du bailleur qui est en cause, qui est contesté, et le preneur n'a pas qualité pour le représenter dans le débat qui s'élève sur ce point. Le trouble de fait dégénère ici en trouble de droit, dont le bailleur est responsable (art. 1727). Nous sommes ainsi conduit à parler du trouble de droit.

676. B. *Trouble de droit.* Le trouble de droit est, nous l'avons dit, celui qu'un tiers cause au preneur en usant contre lui d'une voie de droit : comme si un tiers intente contre le preneur une action en jus-

tice, tendant au délaissement total ou partiel de la chose louée ou à l'exercice d'un droit de servitude sur cette chose. En un mot, celui qui agit contre le preneur prétend être propriétaire de la chose louée, ou avoir sur elle un droit de servitude que le preneur est obligé de souffrir. Ici encore le preneur n'a pas qualité pour défendre à un pareil débat. C'est le droit du bailleur que l'on conteste, et celui du preneur n'est menacé que par contre-coup. L'action a été mal engagée : c'est le bailleur qui aurait dû être attaqué. Aussi suffit-il au preneur d'indiquer son titre et de nommer le bailleur pour être mis immédiatement hors de cause s'il l'exige; ou bien, si le preneur le préfère, il peut appeler le bailleur en garantie et rester lui-même en cause pour veiller à la conservation de son droit. C'est ce qui résulte de l'art. 1727 qui s'exprime ainsi : « *Si ceux qui ont commis des voies de fait, prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède* ».

677. En supposant que le bailleur ne parvienne pas à faire cesser le trouble de droit subi par le preneur, quelles vont être les conséquences de la garantie dont il est tenu de ce chef? Il y a lieu de faire à cet égard les distinctions suivantes :

a. — Si le bailleur subit une éviction totale, auquel cas il ne lui est plus possible de procurer au preneur la jouissance qu'il lui a promise, le bail est résilié de plein droit;

b. — Au cas d'éviction partielle, il faut appliquer par analogie l'art. 1636. Le preneur pourra donc obtenir la résiliation du bail, si la partie évincée est de telle importance qu'il n'aurait pas pris la chose à bail sans cette partie. Dans le cas contraire, il aura seulement droit pour l'avenir à une diminution proportionnelle du prix du bail.

Même solution, si, au lieu d'être évincé partiellement, le bailleur est condamné à souffrir l'exercice d'une servitude qui diminue la jouissance de la chose (arg. art. 1638).

Dans tous les cas, le bailleur pourra en outre être condamné à des dommages et intérêts; car c'est par sa faute que le preneur subit une privation ou une diminution de jouissance, puisqu'il a donné à bail une chose dont il n'était pas propriétaire ou sur laquelle il n'avait qu'un droit de propriété mutilé. Ces vérités sont exprimées d'une manière bien incomplète dans l'art. 1726 : « *Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire* ».

678. En résumé, la garantie est due au preneur troublé dans sa jouissance, toutes les fois que la prétention de celui qui le trouble met en cause le droit du bailleur lui-même sur la chose louée, — soit qu'aucune action judiciaire n'ait encore été exercée, comme si un voisin fait paître ses bestiaux dans une prairie dépendant de la métairie que j'ai louée, en se prétendant propriétaire de cette prairie, — soit que la prétention de l'auteur du trouble ait été révélée par une action en revendication de tout ou partie de l'héritage, intentée contre le preneur, — soit enfin que cette prétention n'ait été manifestée que tardivement, sur l'action judiciaire intentée par le preneur pour obtenir la réparation d'une voie de fait qui présentait au début toutes les apparences d'une usurpation pure et simple. Dans tous ces cas, c'est un devoir pour le preneur d'informer le bailleur de ce qui se passe, et une obligation pour celui-ci de faire cesser le trouble, de prendre le fait et cause du preneur s'il est déjà engagé dans la lutte, sauf à celui-ci à se faire mettre hors d'instance, à moins qu'il ne préfère y rester pour la conservation de ses droits. Et si le bailleur ne parvient pas à faire cesser le trouble, il y a lieu, suivant les circonstances, à la résiliation du bail ou à une diminution du prix, et dans l'un et l'autre cas à des dommages et intérêts au profit du preneur.

679. Il reste une hypothèse qui est demeurée en dehors des prévisions de la loi. e preneur est troublé par un tiers, qui, d'une part, n'élève aucune prétention sur la chose louée, et qui, d'autre part, ne fait qu'user de son droit. Ce n'est pas l'hypothèse prévue par l'art. 1725, qui suppose un trouble résultant d'une voie de fait donnant lieu à une poursuite contre son auteur, d'une voie de fait par conséquent qui constitue un délit ou un quasi-délit; et ce n'est pas non plus l'hypothèse prévue par l'art. 1727, qui suppose un trouble judiciaire. Par exemple, j'ai donné à loyer une chambre éclairée par un jour de tolérance; le voisin bouche ce jour en élevant une construction contiguë, et mon locataire est plongé dans l'obscurité la plus complète. Ou bien j'ai donné à loyer une boutique; l'administration fait exhausser, comme elle en a le droit, le sol de la rue, et mon locataire se trouve encavé; le jour ne lui parvient plus que difficilement ; en outre il est envahi par un excès d'humidité. Serai-je garant du trouble subi par mon locataire ? L'affirmative paraît certaine. Il s'agit ici, à notre avis, d'un trouble *de droit;* aussi avons-nous donné du trouble de droit une définition assez large pour comprendre même cette hypothèse. Le bailleur en est donc garant; par suite le preneur pourra, suivant les circonstances, demander la résiliation du bail ou une diminution du prix.

La jurisprudence admet cette solution pour le cas où le trouble provient du fait de l'administration, et elle la rejette pour le cas où il provient du fait d'un tiers. Nous croyons que c'est une contradiction. La raison de décider est exactement la même dans l'un et dans l'autre cas. Quand je donne ma maison à bail, je m'oblige à en faire jouir mon locataire, et à l'en faire jouir dans l'état où elle se trouve lors du contrat. Si je ne puis remplir cette obligation, mon locataire doit avoir droit, suivant les circonstances, à la résiliation du bail ou à une diminution du loyer; car ce loyer est la contre-valeur de la jouissance que je lui ai promise ; il cesse donc d'être dû, si je ne puis plus procurer la jouissance, et (en supposant que le contrat ne soit pas résilié) il n'est plus dû qu'en partie, si je ne puis plus procurer qu'une

jouissance partielle; qu'importe que ce soit par le fait de l'administration ou par celui d'un tiers ?

Il y aurait lieu d'appliquer les mêmes principes, si la jouissance u preneur était rendue impossible par le *fait du prince*. Ainsi un décret du 15 septembre 1870 a suspendu l'exercice du droit de chasse pendant un an. Ceux qui avaient loué des chasses se sont donc trouvés dans l'impossibilité d'exercer leur droit durant ce délai; ils ont pu réclamer une diminution proportionnelle du prix de location.

Dans tous ces cas, la privation de jouissance dont se plaint le preneur n'est pas la conséquence d'une faute commise par le bailleur. Aussi le preneur ne peut-il demander que la résiliation du bail ou une diminution proportionnelle du prix, suivant les circonstances, sans qu'il y ait lieu d'y ajouter des dommages et intérêts.

§ III. *Obligations du preneur.*

680. Aux termes de l'art. 1728 : « *Le preneur est tenu de deux obli-* » *gations principales :* — 1° *D'user de la chose louée en bon père de* » *famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou* » *suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de conven-* » *tion;* 2° *De payer le prix du bail aux termes convenus* ». Ajoutons : 3° De restituer la chose à la fin du bail.

Etudions successivement ces trois obligations.

681. I. Le preneur doit user de la chose louée en bon père de famille et suivant sa destination.

= *En bon père de famille.* C'est-à-dire qu'il doit user de la chose louée comme un bon père de famille userait de la sienne, et apporter les mêmes soins à sa conservation. « Par exemple, dit Pothier, celui qui a pris à loyer un cheval ne doit point le surmener, le faire courir, lui faire faire de trop fortes journées ; il doit avoir le soin de le bien faire panser et nourrir. Le fermier d'une vigne doit la bien façonner, la bien fumer, la bien entretenir d'échalas, la provigner, et généralement la cultiver de la même manière qu'un bon et soigneux vigneron cultiverait sa propre vigne ».

= *Suivant sa destination.* Ainsi, lorsqu'un local est loué pour une certaine industrie, le locataire ne peut pas y exercer une industrie différente sans le consentement du bailleur. Grenoble, 8 mai 1882, Sir., 84. 2. 123. Si la destination de la chose louée n'est pas indiquée dans le bail, le juge, en cas de contestation, la déterminera d'après les circonstances. Ainsi, quand je loue à un rentier une maison qui a toujours été habitée bourgeoisement, je suis censé l'avoir louée pour cette destination; le locataire n'aura donc pas le droit d'y établir un café ou un restaurant. Cpr. tribunal de Lyon, 25 janvier 1881, Sir., 81. 2. 219.

L'obligation d'user de la chose louée *suivant sa destination* est distincte de celle d'en user *en bon père de famille.* Il se peut en effet que le preneur use de la chose ouée en bon père de famille sans en user suivant sa destination ; par exemple si le locataire d'une maison destinée à l'habitation l'affecte à un commerce rémunérateur

En sens inverse, il peut arriver que le preneur use de la chose suivant sa destination sans en user en bon père de famille ; par exemple si le fermier d'un domaine rural épuise les terres, faute de leur donner les engrais nécessaires.

682. La double obligation qui nous occupe trouve sa sanction dans l'art. 1729, ainsi conçu : « *Si le preneur emploie la chose louée à un* » *autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résul-* » *ter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstan-* » *ces, faire résilier le bail* ».

* Le juge des référés est compétent pour ordonner l'expulsion du locataire, lorsqu'il exploite les lieux loués d'une façon scandaleuse. Paris, 8 février 1883, Sir., 84. 2. 68.

Les mots *ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur* font allusion à l'obligation d'user de la chose louée en bon père de famille, et l'article signifie à notre avis que, si le preneur manque soit à cette obligation, soit à celle d'user de la chose suivant sa destination, il encourt la résiliation du bail.

En disant que le bailleur peut *faire résilier* le bail, notre article indique très clairement que la résiliation n'est pas laissée à sa discrétion. C'est la justice qui est appelée à la prononcer ; et, comme, à raison même de sa gravité, cette mesure suppose un manquement grave de la part du preneur à ses obligations, la loi investit le juge d'un certain pouvoir d'appréciation sur ce point. Telle est l'idée qu'elle entend exprimer par les mots : *suivant les circonstances*.

Cpr. Cass., 7 novembre 1882, Sir., 84. 1. 187, et Grenoble, 8 mai 1882, Sir., 84. 2. 123, et les renvois.

683. II. Le preneur doit payer le prix du bail aux termes convenus, et, à défaut de convention sur ce point, aux termes fixés par les usages locaux. Quant au lieu du paiement, il faut appliquer dans le silence du contrat l'art. 1247, c'est-à-dire que le preneur aura le droit de payer à son domicile.

Sauf convention contraire, le preneur n'est pas tenu, dans ses rapports avec le bailleur, du paiement de la contribution foncière ; et, s'il est obligé de la payer par application de l'art. 147 de la loi du 3 frimaire de l'an VII, qui l'en déclare tenu à l'égard du fisc, il a le droit d'en déduire le montant sur le prix de son loyer ou de son fermage.

Mais le preneur est tenu, même dans ses rapports avec le bailleur, à moins de conventions ou d'usages contraires, de la contribution des portes et fenêtres (loi du 4 frimaire an VII, art. 12).

Les frais et loyaux coûts du bail sont, sauf stipulation contraire, à la charge du preneur. Arg. art. 1593.

684. III. A l'expiration du bail, le preneur doit restituer la chose dans l'état où il l'a reçue. Comment cet état sera-t-il déterminé ? Il faut distinguer.

a. — « *S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur,* » *celui-ci doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue, suivant cet état,* » *excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure* » (art. 1730).

b. — « *S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les* » *avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels,* » *sauf la preuve contraire* » (art. 1731).

= *En bon état de réparations locatives.* D'après M. Colmet de Santerre, il faut lire : *de réparations* MÊME *locatives;* car le preneur était en droit d'exiger que la chose lui fût délivrée en bon état de réparations de toute nature (art. 1720 al. 1), et il est probable qu'il n'aura pas manqué de le faire.

Supposons que l'état, dans lequel la chose se trouvait au moment de l'entrée en jouissance du preneur, soit déterminé par l'un ou l'autre des moyens qu'indiquent les art. 1730 et 1731. Le bailleur a fait la preuve, que l'art. 1315 al. 1 impose à toute personne qui réclame l'exécution d'une obligation : il a prouvé à la charge du preneur l'existence de l'obligation de restituer (elle résulte du contrat même de bail) et l'étendue de cette obligation. Si le preneur soutient qu'il se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de l'exécuter en tout ou en partie et que par suite il en est libéré totalement ou partiellement, il doit, conformément au droit commun (art. 1302), fournir la preuve de cette allégation. Ainsi le preneur prétend que les dégradations, subies par la chose pendant sa jouissance, se sont produites sans sa faute, qu'elles sont par exemple le résultat de la vétusté, que par suite il n'en est pas responsable; il devra en faire la preuve. C'est ce que dit l'art. 1732 : » *Il répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouis-* » *sance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute* ». L'art. 1735 ajoute : « *Le preneur est tenu des dégradations et des pertes* » *qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-loca-* » *taires* ». Le preneur est en faute de n'avoir pas surveillé les personnes de sa maison et ses sous-locataires, et voilà pourquoi la loi le déclare responsable de leur fait, sauf bien entendu son recours contre l'auteur du dommage.

685. La maison louée est détruite par un incendie; le preneur est-il responsable de la perte à l'égard du bailleur? L'incendie n'est pas en lui-même un cas fortuit. Sauf l'hypothèse assez rare où il a été allumé par le feu du ciel, il est le résultat d'une faute, et presque toujours d'une faute commise par les personnes qui habitent la maison. *Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium.* Il ne suffit donc pas au locataire, qui se prétend libéré, de prouver le fait de l'incendie; il doit en outre établir que cet incendie est un cas fortuit, qu'il n'est pas le résultat de sa faute. Le locataire d'une maison est débiteur d'un corps certain envers le propriétaire; il en doit la restitution à la fin du bail. Il ne peut être libéré de cette obligation qu'autant qu'il prouve que l'impossibilité de restituer est le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure. Arg. art. 1302. Voilà ce que dit le droit commun, et nous croyons que le législateur n'a pas fait autre chose que le consacrer dans l'art. 1733, qui énumère les moyens de justification les plus usuels (mais non les seuls à notre avis) que le locataire peut invoquer pour établir qu'il n'est pas en faute. « *Il* [le locataire] *répond de l'incendie, à*

» *moins qu'il ne prouve : — Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou* » *force majeure, ou par vice de construction, — Ou que le feu a été commu-* » *niqué par une maison voisine* ». En ce sens, Bordeaux, 10 mai 1884, Sir., 84. 2. 198. En sens contraire, Orléans, 4 décembre 1886, Sir., 88. 2. 154.

686. Il y a plusieurs locataires dans une même maison; elle est détruite par un incendie, dont la cause ou l'auteur demeurent ignorés. Dans quelle mesure le propriétaire pourra-t-il agir contre chaque locataire? L'art. 1734 déclarait en principe tous les colocataires solidairement responsables. Cette disposition était à peu près universellement critiquée. Quel était donc le fondement de cette solidarité légale? Chaque locataire, quand il y en a plusieurs dans une même maison, ne doit rendre au propriétaire à la fin du bail que la partie du bâtiment qu'il a louée et dans l'état où il l'a reçue; régulièrement donc, en cas de perte de la maison par suite d'un sinistre dont la cause demeure ignorée, chaque locataire ne doit être responsable envers le propriétaire que de la partie de l'édifice qu'il occupe. Voilà les vrais principes. Le code civil les avait méconnus, une loi récente les a rétablis. Nous donnons en regard le texte de l'ancien art. 1734 et celui que lui a substitué la loi du 5 janvier 1883.

Texte ancien. *S'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie; — A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu; — Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus.*

Texte nouveau. *S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent; — A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu; — Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus.*

Ainsi, au système de la responsabilité solidaire, édicté par le code civil, la loi du 5 janvier 1883 substitue le système de la responsabilité proportionnelle. Chaque locataire répond de l'incendie *proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'il occupe.*

= *Proportionnellement à la valeur locative.* Et non proportionnellement au loyer convenu entre chaque locataire et le propriétaire ; il peut ne pas être égal à la véritable valeur locative.

= *De la partie de l'immeuble qu'il occupe.* Entendez de la partie de l'immeuble *susceptible, à raison de sa nature, d'être détruite par un incendie.* Ainsi celui qui

est locataire du rez-de-chaussée de la maison incendiée et d'un jardin attenant, ne contribuera pas à l'indemnité pour la valeur locative du jardin.

Chaque locataire n'étant responsable de l'incendie que dans la mesure de la valeur locative de la portion qu'il occupe, il s'ensuit que, si le propriétaire habite une partie de la maison, il supportera la perte de cette partie, à raison de laquelle il ne saurait avoir de recours à exercer que contre lui-même. « La part de maison occupée par le propriétaire est assimilée à la part qu'occuperait un autre locataire », a dit le rapporteur de loi au Sénat.

687. Le système du code civil (ancien art. 1734) éminemment favorable aux propriétaires d'immeubles urbains, était sans doute basé sur une présomption légale de faute à la charge des divers locataires. D'après la maxime *Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium,* on présumait que le feu avait été allumé par la faute de l'un des locataires, et, dans l'impossibilité où l'on se trouvait de savoir lequel, on les déclarait tous solidairement responsables des conséquences de l'incendie. La loi nouvelle, nous le croyons du moins, supprime toute présomption de faute. Elle part de ce principe : Chaque locataire est débiteur envers le propriétaire de la partie de la maison qu'il occupe et de cette partie seulement; il ne doit donc que la restitution de cette partie et ne peut par suite, au cas d'incendie, être forcé de réparer le préjudice subi par le propriétaire que proportionnellement à la valeur de cette partie. Le seul droit du propriétaire, au cas d'incendie, est de dire à chacun de ses locataires : Restituez-moi la partie de la maison que vous occupiez en vertu du bail, ou indemnisez-moi du préjudice que me cause la perte de cette partie. Si le propriétaire veut obtenir davantage de l'un des locataires, s'il prétend lui faire payer une indemnité égale à tout le préjudice résultant du sinistre, il devra prouver que l'incendie est le résultat de sa faute. A son tour, si l'un des locataires veut échapper à l'obligation de contribuer au paiement de l'indemnité due au propriétaire, proportionnellement à la valeur locative de la partie de la maison qu'il occupait, il devra prouver qu'il est exempt de toute faute. C'est le droit commun, de tous points. Dans l'intérêt des propriétaires d'immeubles urbains, le code civil y avait dérogé, peut-être sans motifs suffisants. La loi nouvelle y revient, ce dont il y a d'autant plus lieu de s'applaudir que le contrat d'assurance fournit aujourd'hui au propriétaire un moyen facile de se mettre, à l'aide d'un léger sacrifice, à l'abri des dangers de l'incendie.

Comment un locataire prouvera-t-il qu'il est exempt de toute faute, à l'effet de se libérer de toute contribution au paiement de l'indemnité réclamée par le propriétaire? En démontrant soit que l'incendie est le résultat d'un cas fortuit ou d'un vice de construction, soit que le feu n'a pas pu prendre chez lui, soit qu'il a pris chez un autre locataire. Examinons successivement ces trois hypothèses.

a. Il est prouvé que l'incendie est le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure, ou d'un vice de construction. Le propriétaire n'aura de recours contre aucun de ses locataires, il perdra donc la valeur de sa maison. Arg. art. 1302.

b. L'un des locataires prouve que le feu n'a pu prendre chez lui. Le propriétaire ne peut plus rien lui demander. Que peut-il demander aux autres locataires? A chacun une indemnité proportionnelle à la valeur locative de la partie qu'il occupait, pas davantage. Le propriétaire, en supposant qu'il ne soit pas en mesure d'établir quel est l'auteur de l'incendie, perdra donc l'indemnité afférente à la partie de l'immeuble occupée par le locataire qui a prouvé que le feu n'avait pu prendre chez lui. Une disposition du projet, tendant à en rendre les autres locataires responsables proportionnellement à la valeur locative des parties de l'édifice qu'ils occupaient, a été supprimée par le Sénat, après avoir été votée en première et en seconde délibération par la Chambre des députés.

c. Il est prouvé que le feu a commencé chez l'un des locataires : c'est le cas le plus fréquent. Les autres sont déchargés, l'incendie étant par rapport à eux un cas

fortuit, du moment qu'il est établi que ce n'est pas par leur fait qu'il a été allumé, mais par le fait d'autrui. Le propriétaire ne peut donc rien leur demander. Que peut-il demander à celui chez lequel l'incendie a éclaté? Une indemnité proportionnelle à la valeur locative de la partie de la maison qu'il occupait, incontestablement. A-t-il le droit de lui réclamer en outre la réparation du préjudice que lui cause la perte des autres parties de la maison? Oui, sans difficulté, s'il prouve que l'incendie qui a pris chez le locataire a été allumé par sa faute ou par celle des personnes dont il est responsable; l'existence d'une faute n'est pas certaine, car l'incendie peut avoir été allumé par le feu du ciel, par la malveillance d'autrui, enfin il peut être le résultat d'un vice de construction. Mais nous refuserions ce droit au propriétaire, s'il n'établit pas la faute. En effet, la loi nouvelle, à la différence de l'ancienne, ne présume plus de plein droit la faute des locataires, même de celui chez lequel le feu a pris. La solution contraire pourrait paraître, au premier abord, résulter des termes de l'alinéa 2 du nouvel art. 1734, qui se termine par ces mots : « Auquel cas celui-là » seul EN *est tenu* », c'est-à-dire *est tenu* DE L'INCENDIE, donc de toutes ses conséquences. Mais l'argument tiré du pronom *en* perd à peu près toute sa force, si l'on observe qu'il n'existait pas dans la rédaction primitive, ainsi conçue : « auquel cas » celui-là seul est tenu », et qu'il n'a été ajouté que par un motif de pure forme et nullement dans l'intention de modifier le sens du texte, ainsi que l'a déclaré formellement le rapporteur de la loi au Sénat. La jurisprudence paraît se former en sens contraire. V. Cass., 5 avril 1887, Sir., 87. 1. 125 et les décisions et autorités citées en note de cet arrêt.

688. Comment sera fixé le montant de l'indemnité due au propriétaire par les divers locataires de la maison incendiée? D'après les règles du droit commun, puisque la loi n'a pas réglé ce point d'une manière spéciale.

689. En vertu du principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif (art. 2), on doit décider que les locataires, liés par des baux de date antérieure à l'époque où la nouvelle loi est devenue obligatoire, ont continué ou continueront à être soumis pendant toute la durée de ces baux à la responsabilité solidaire édictée par l'ancien art. 1734. Bordeaux, 31 décembre 1884, Sir., 85. 2. 62. Pour soutenir qu'ils ont dû bénéficier de la loi nouvelle, on a prétendu que la disposition du nouvel art. 1734 était d'ordre public, c'est-à-dire d'intérêt général; or les lois d'ordre public rétroagissent. Mais il ne suffit pas d'affirmer cette proposition, il faudrait la démontrer; or cette démonstration paraît impossible. On pourrait très certainement déroger à la disposition de la loi nouvelle, en convenant que la solidarité aura lieu entre les colocataires d'une même maison, de même qu'avant la loi nouvelle on pouvait certainement déroger à la disposition de l'art. 1734 en stipulant que les colocataires ne seraient pas solidairement responsables de l'incendie. Preuve que la disposition n'est pas d'ordre public (arg. art. 6). La solidarité établie par l'ancien art. 1734 devait être considérée comme le résultat d'une convention tacite entre les parties, d'une clause sous-entendue dans les baux, et par conséquent la situation du propriétaire doit être la même que s'il eût stipulé la solidarité par une clause expresse, *eadem vis est taciti atque expressi consensus;* or qui douterait qu'en pareil cas il conservât le bénéfice de la solidarité sous l'empire de la loi nouvelle. Cpr. t. I, n. 57.

Mais le nouvel art. 1734 s'appliquerait à la tacite réconduction opérée sous l'empire de la loi nouvelle. C'est un nouveau contrat (*infra* n. 700), dont les effets sont régis par la loi en vigueur à l'époque où il est passé.

690. Reste une question. Il se peut qu'une maison soit louée à plusieurs locataires dont les uns ont traité sous l'empire de l'ancien art. 1734 du code civil, et les autres sous l'empire de la loi nouvelle qui a modifié cet article. Il est certain que ces derniers pourront invoquer le bénéfice de la loi nouvelle; ils ne répondront

donc envers le propriétaire que de la partie de l'édifice qu'ils occupent. Quelle sera la situation des autres locataires ? Nous croyons qu'ils cesseront d'être responsables envers le propriétaire des parties de la maison louées sous l'empire de la loi nouvelle, mais qu'ils demeurent tenus solidairement entre eux à raison des autres portions de la maison, c'est-à-dire de celles louées sous l'empire de l'ancienne loi. Cette solution nous paraît résulter par argument de l'art. 1210.

Sur les diverses questions traitées dans ce numéro et dans les précédents, voyez plusieurs décisions judiciaires rapportées dans Sirey 85. 2. 1 et 73, et les notes qui les accompagnent.

691. L'obligation de restituer la chose louée dans l'état où il l'a reçue n'exclut pas le droit pour le preneur de faire, pendant la durée du bail, certaines innovations nécessaires pour l'exercice de son droit de jouissance, par exemple d'ouvrir une porte de communication entre deux pièces séparées par une cloison, sauf à rétablir les lieux dans leur ancien état, lors de la cessation du bail.

§ IV. *Des sous-locations et des cessions de bail.*

692. « *Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail* » *à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. — Elle peut être* » *interdite pour le tout ou partie. — Cette clause est toujours de rigueur* ». Ainsi s'exprime l'art. 1717.

Qu'est-ce que sous-louer ? Qu'est-ce que céder son bail ?

Sous-louer, c'est donner à bail la chose que l'on tient soi-même à ce titre, ou, en d'autres termes, la louer en sous-œuvre, pour le tout ou pour partie, à une autre personne. On donne le nom de *sous-bailleur* à celui qui fait le sous-bail ou sous-location, et on appelle *sous-preneur* celui au profit de qui elle est faite. Il y a alors deux baux superposés ; le sous-bailleur est engagé dans l'un et l'autre à la fois : preneur dans le premier, il devient bailleur dans le second.

Céder son bail, c'est transmettre à un autre, à titre de cession, les droits résultant d'un contrat de bail dans lequel on figure à titre de preneur. La cession de bail est un transport du droit de jouissance résultant d'un bail. Il s'ensuit, d'une part, que le cessionnaire acquiert une action directe contre le bailleur, et, d'autre part, qu'il ne sera saisi à l'égard des tiers que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690. D'ailleurs la cession de bail, comme la sous-location, peut être totale ou partielle.

Tel est le sens technique des expressions *sous-louer, céder son bail.* La sous-location est un louage enté sur un autre ; la cession de bail, un transport, une vente du droit de jouissance résultant d'un bail. Cette dernière opération nous apparaît ainsi comme plus radicale que la première, et c'est sans doute l'idée qu'entend exprimer l'art. 1717, lorsqu'il dit que « Le preneur a le droit de sous-louer, et *même* de » céder son bail ».

Dans la pratique, on emploie assez généralement l'expression *céder son bail* pour désigner une sous-location portant sur la totalité de la chose louée. Cela posé, il arri-

vera souvent que les parties, ayant eu l'intention de faire une sous-location totale, auront désigné l'opération sous le nom de cession de bail. Comme il faut avant tout tenir compte de la volonté des parties contractantes, on devrait dans ce cas appliquer les règles de la sous-location, et non celles de la cession. Mais à quel signe reconnaître la véritable intention des parties? A notre avis, la manière dont le prix a été fixé fournit l'élément de décision le plus considérable en cette matière. Il n'y aura guère de doute que les parties aient voulu faire une véritable cession de bail, si le prix a été fixé en bloc à une somme de... pour tout le temps qui reste à courir jusqu'à l'expiration du bail, alors même que plusieurs termes successifs auraient été accordés au cessionnaire pour le paiement. Au contraire, les parties auront presque toujours entendu faire une sous-location, alors même qu'elles auraient parlé de cession de bail, si le prix a été fixé à tant par an, par semestre, par trimestre, par mois ou par jour, surtout si les périodes de paiement sont les mêmes que celles du bail cédé.

693. La question de savoir si, dans telle hypothèse déterminée, il y a sous-location ou cession de bail présente une grande importance, parce qu'il existe des différences considérables entre ces deux opérations; elles dérivent toutes de cette prémisse que la sous-location est un louage et la cession de bail une vente.

1° La sous-location fait naître au profit du sous-bailleur un privilège sur les meubles du sous-preneur, garnissant la maison louée ou la ferme (arg. art. 2102-1°). Ce privilège n'existe pas au profit de celui qui a cédé son bail.

2° Le sous-preneur peut invoquer à l'égard du sous-bailleur l'art. 1720, et exiger en conséquence que la chose lui soit délivrée en bon état de réparations de toute espèce. Le cessionnaire d'un bail n'a pas le même droit : comme tout acheteur, il ne peut réclamer la chose que dans l'état où elle se trouvait au moment de la cession (art. 1614).

3° Le sous-fermier peut exiger du sous-bailleur une indemnité, lorsqu'un cas fortuit enlève plus de la moitié de la récolte que le fonds affermé devait normalement produire (arg. art. 1769). Le cessionnaire d'un bail n'a pas le même droit.

* 4° La cession de bail transmet au cessionnaire le droit de jouissance qui appartenait au cédant contre le bailleur; le cessionnaire peut donc agir directement contre le bailleur pour obtenir l'exécution des obligations dont il est tenu à ce titre, absolument comme le cessionnaire d'une créance de somme d'argent peut agir contre le débiteur cédé pour obtenir son paiement. Au contraire, la sous-location ne fait pas acquérir au sous-locataire un droit direct contre le bailleur; celui-ci ne peut être atteint par le sous-locataire qu'à l'aide d'une action indirecte exercée en vertu de l'art. 1166. En d'autres termes, ce n'est pas son droit propre que le sous-locataire exercera contre le bailleur, mais celui du sous-bailleur dont il est devenu le créancier en vertu du sous-bail et du chef duquel il agira. — Toutefois cette différence est contestée; la plupart des auteurs pensent que le sous-locataire peut, comme le cessionnaire d'un bail, agir directement contre le bailleur. Mais il ne suffit pas d'affirmer cette proposition, il faudrait la démontrer.

694. A deux points de vue, la cession de bail et la sous-location se ressemblent.

1° Ni par la sous-location ni par la cession de bail, le preneur ne peut se dégager des obligations qu'il a contractées à l'égard du bailleur; il reste donc tenu envers lui du prix du bail. Il répond en outre du fait du sous-preneur.

2° Le bailleur n'a pas, pour le paiement des loyers ou fermages qui lui sont dus, d'action directe contre le sous-preneur ou contre le cessionnaire du bail, jusqu'à concurrence du prix de sous-location ou de cession dont ils sont débiteurs envers le preneur. Comment en effet le bailleur pourrait-il acquérir un droit contre le sous-preneur ou le cessionnaire du bail, en vertu d'un contrat auquel il est demeuré

complètement étranger et qui par conséquent est pour lui *res inter alios acta* ? En ce sens, Lyon, 26 décembre 1882, Sir., 84. 2. 121.

L'opinion contraire est généralement admise en doctrine et en jurisprudence (Cass., 8 novembre 1882, Sir., 84. 1. 333). On cherche à la justifier tout d'abord par cette considération que la chose du bailleur est occupée par le sous-preneur. Mais comment ce simple fait pourrait-il créer un lien de droit entre deux personnes? — On invoque ensuite un argument tiré de l'art. 1753, ainsi conçu (1) : « *Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation. — Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation* ». La loi déclare le sous-locataire *tenu* envers le propriétaire...; donc, dit-on, tenu sur tous ses biens, car le texte ne distingue pas, par conséquent tenu personnellement. Et c'est bien, ajoute-t-on, une action directe que la loi accorde ici au bailleur contre le sous-preneur; car, si elle entendait parler de l'action indirecte de l'art. 1166, sa disposition serait inutile, puisqu'elle ne ferait que consacrer une application incontestable d'une règle de droit commun.

Nous pensons, avec M. Laurent, que ce n'est pas ainsi qu'il faut entendre l'art. 1753. On sait que la créance du bailleur d'une maison ou d'un fonds de terre est munie d'un privilège. Ce privilège porte sur tous les meubles garnissant la maison louée ou la ferme (art. 2102-1°), alors même qu'ils n'appartiendraient pas au preneur (arg. art. 2102-4°). En vertu de cette disposition, les meubles du sous-preneur, par lui apportés dans la maison louée ou dans la ferme, se seraient trouvés grevés du privilège du bailleur pour la totalité de la créance de ce dernier, de sorte que celui qui aurait sous-loué pour 300 fr. un appartement d'une maison louée à un locataire principal moyennant 1,200 fr., aurait vu ses meubles répondre à l'égard du bailleur du paiement des 1,200 fr. Dans ces conditions, les sous-locations fussent devenues impossibles. Aussi l'art. 1753 est-il venu limiter les droits du bailleur : il ne lui permet d'exercer son privilège sur les meubles du sous-locataire que jusqu'à concurrence de la partie du prix de la sous-location dont celui-ci est débiteur au moment de la saisie. Mais ce n'est pas à dire pour cela que le sous-locataire devienne dans cette mesure débiteur personnel du bailleur, et que celui-ci puisse, de son propre chef, le poursuivre par l'action personnelle sur tous ses autres biens. Encore une fois, comment le bailleur pourrait-il avoir une créance personnelle contre le sous-locataire, avec lequel il n'a pas traité? La sous-location n'a fait naître de rapports qu'entre le preneur et le sous-locataire (arg. art. 1165) : c'est le preneur qui est devenu créancier du prix de sous-location par suite de son contrat, et le bailleur ne peut avoir qu'un droit, c'est d'agir du chef du preneur contre le sous-locataire en exerçant l'action indirecte de l'art. 1166, ce qui l'obligera à subir le concours des autres créanciers du preneur.

Reste l'objection tirée des termes de l'art. 1753, qui déclare le sous-locataire *tenu*... envers le bailleur : donc, dit-on, tenu sur tous ses biens et non pas seulement sur ceux grevés du privilège, par conséquent tenu personnellement. On pourrait répondre d'abord qu'il y a des textes dans lesquels le mot *tenu* signifie *tenu réellement*, tenu *propter rem*, et non personnellement. V. notamment art. 2168. Mais il y a une réponse plus péremptoire. Pour apprécier le sens de cette expression, il faut voir dans quelle hypothèse la loi se place. Elle suppose que le bailleur procède à la

(1) L'art. 1753 contient une règle applicable aux baux à ferme comme aux baux à loyer (arg. art. 820 C. pr.); par conséquent sa place est dans notre section, et non dans celle *Des règles particulières aux baux à loyer*, où la loi l'a placé à tort. Voilà pourquoi nous l'expliquons ici.

saisie-gagerie des meubles qui garnissent les lieux occupés par le sous-locataire; or il est tout simple d'entendre que, lorsque la loi déclare le sous-locataire tenu envers le bailleur du prix de sous-location dont il est encore débiteur au moment de la saisie, elle veut dire qu'il en est tenu sur les meubles saisis. Voilà tout ce que signifie l'art. 1753, et cette interprétation est confirmée par l'art. 820 C. pr.

695. La question de savoir si la clause, portant interdiction de sous-louer, entraîne interdiction de céder le bail, et réciproquement, est une question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation. Presque toujours, la clause portant interdiction de sous-louer devra être considérée comme emportant *a fortiori* interdiction de céder le bail. Quant à la clause qui interdit de céder le bail, elle peut, suivant les circonstances, être considérée comme n'interdisant pas la sous-location, au moins partielle.

En déclarant que la clause portant interdiction de sous-louer ou de céder le bail est toujours de rigueur, l'art. 1717 al. 3 proscrit les tempéraments d'équité que nos anciens parlements apportaient à l'exécution de cette clause. Ainsi cette circonstance, que le locataire est obligé de quitter la maison louée pour aller demeurer ailleurs, ne l'autoriserait pas à sous-louer, s'il existe une clause qui lui interdit la sous-location. Et, somme toute, la rigueur du code civil est préférable à l'équité des parlements, qui les conduisait souvent à défigurer les conventions des parties.

Les baux portent souvent : « Le preneur ne pourra pas céder son bail sans le consentement du propriétaire », ou bien : « Le preneur ne pourra céder son bail qu'à une personne agréée par le propriétaire ». Ces deux clauses ne doivent pas être confondues. La première paraît plus rigoureuse. Car elle donne au propriétaire le droit de rendre la cession de bail impossible, en refusant son consentement, sans que les tribunaux aient à apprécier en fait les motifs de ce refus; elle équivaut donc à une prohibition de céder le bail (Grenoble, 24 mai 1881, Sir., 82. 2. 184; Paris, 6 janvier 1880, Sir., 80. 2. 196). Tandis que la seconde permet au preneur d'imposer au bailleur la cession du bail, pourvu que le cessionnaire soit, comme le dit Pothier, *æque idoneus,* c'est-à-dire qu'il offre au propriétaire les mêmes garanties d'honorabilité et de solvabilité que le cédant. V. cependant Cass., 7 février 1888, Sir., 89. 1. 104.

§ V. *Comment le contrat de louage prend fin.*

696. Les causes qui mettent fin au contrat de louage sont nombreuses. Nous les diviserons en deux catégories : les causes normales et les causes accidentelles.

I. *Causes normales de cessation du bail.*

697. Le contrat de louage est essentiellement temporaire. Mais on ne sait pas toujours, au moment où il est passé, quelle sera sa durée : quelquefois elle est indéterminée, comme si par exemple je vous ai loué ma maison pour 5,000 fr. par an, sans dire pour combien de temps.

Lorsque les parties dressent ou font dresser un acte écrit pour constater un contrat de louage, la durée du bail y est presque toujours indiquée; au contraire, il est assez ordinaire que le bail verbal soit fait pour un temps indéterminé. S'inspirant sans doute de cette circonstance toute de fait, le législateur, dans les art. 1736 à 1738, désigne sous

le nom de *baux faits sans écrit* tous les baux dont la durée est indéterminée, alors même qu'il en aurait été dressé acte, et sous le nom de *baux faits par écrit* ou *baux écrits* tous ceux dont la durée est déterminée par la convention expresse ou légalement présumée des parties, alors même qu'ils seraient le produit d'une simple convention verbale. Ainsi, d'après la terminologie des art. 1736 et s., le bail verbal d'une maison, fait pour une durée de trois ans, est un bail *écrit;* en sens inverse, le bail d'une maison, passé par acte authentique ou sous seing privé pour un temps indéterminé, est un bail *sans écrit.* Sur quoi on a reproché, non sans raison, au législateur de n'avoir pas employé des expressions en rapport avec les idées qu'il entend exprimer, *nomina consequentia rebus,* ce qui peut jeter un certain trouble dans l'esprit. Ajoutons qu'il a beaucoup aggravé ce mal, en donnant aux mêmes expressions un sens tout à fait différent dans d'autres dispositions de notre titre. En effet, dans les art. 1715 et s. il désigne sous le nom de *bail sans écrit* un bail verbal, et sous le nom de *bail écrit* un bail dont il a été dressé acte; et il n'est pas bien sûr que ces mêmes expressions n'aient pas un troisième sens dans les art. 1774 à 1776.

Cela posé, le bail *non écrit,* c'est-à-dire, dans le langage des art. 1736 à 1738, celui dont la durée est indéterminée, prend fin par un congé. Au contraire le bail *écrit,* ou autrement dit celui dont la durée est fixée par la convention expresse ou légalement présumée des parties, prend fin par l'expiration du temps assigné à sa durée. Telles sont les causes normales de cessation du bail; elles sont indiquées par les art. 1736 et 1737, ainsi conçus :

Art. 1736. *Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux.*

Art. 1737. *Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé.*

Etudions successivement ces deux dispositions.

698. A. Le bail *non écrit* prend fin par un congé. Ainsi je vous ai loué ma maison moyennant 5,000 fr. par an, sans dire pour combien de temps; le bail durera indéfiniment, tant que l'un de nous n'aura pas donné congé.

Le congé est la déclaration que l'une des parties fait à l'autre de sa volonté de mettre fin au bail. C'est un acte unilatéral; l'acceptation de la partie à laquelle il est adressé n'est donc pas nécessaire. La loi n'ayant pas déterminé la forme du congé, aucune n'est prescrite à peine de nullité : il peut être donné, non seulement par acte d'huissier, mais aussi par lettre missive ou même verbalement. Toutefois le congé

verbal ou par lettre missive offre un inconvénient grave : son existence sera peut-être niée par la partie qui l'a reçu, ou contestée de bonne foi après sa mort par son héritier qui n'en a pas personnellement connaissance, et la partie qui a donné le congé pourra se trouver ainsi dans un grand embarras pour le prouver. Incontestablement elle ne pourra pas avoir recours à la preuve par témoins, si l'intérêt engagé est supérieur à 150 fr. ; une opinion accréditée proscrit même ici la preuve testimoniale d'une manière absolue (Cass., 4 janvier 1887, Sir., 87. 1. 57, et *supra* n. 664 *in fine*). Il ne restera alors à la partie qui a donné le congé que la ressource assez maigre de l'aveu et du serment.

La partie qui veut donner congé doit observer les délais fixés par les usages locaux (art. 1736).

699. Le bail *par écrit,* c'est-à-dire celui qui est fait pour un temps fixe, cesse *de plein droit* à l'expiration du terme fixé, sans qu'il soit nécessaire de donner congé (art. 1737). Cette règle s'applique, non seulement au cas où la durée du bail est déterminée par la convention expresse des parties, mais aussi à celui où elle est déterminée par une convention légalement présumée : ce qui a lieu dans les hypothèses prévues par les art. 1757, 1758 et 1774 (art. 1775 et arg. de cet article).

Lorsqu'un bail est fait pour trois, six ou neuf années, il cesse de plein droit à l'expiration des neuf années; mais un congé est nécessaire pour qu'il prenne fin au bout de trois ou six années. En d'autres termes, le bail dont il s'agit est un bail fait pour neuf ans, avec faculté pour les deux parties, ou pour l'une d'elles seulement, d'y mettre fin par un congé au bout de trois ou six années.

700. De la tacite réconduction. — J'ai loué ma maison ou ma métairie pour un certain temps; à l'expiration du temps fixé, le preneur reste en possession, et je l'y laisse sans protester. Il s'est formé, en vertu de notre consentement tacite, que les faits accusent avec évidence, un nouveau bail, que l'on appelle *tacite réconduction* (de *re conducere,* prendre de nouveau à bail). Les conditions de ce nouveau bail seront les mêmes que celles de l'ancien, puisque rien n'indique la volonté des parties de les changer : notamment le prix sera le même. Et toutefois, comme il n'est pas certain que les parties aient entendu assigner au nouveau bail la durée de l'ancien, la tacite réconduction ne sera censée consentie que pour le temps des locations faites sans terme fixe. Tout cela est contenu en substance dans l'art. 1738, ainsi conçu : « *Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé* » *en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par* » *l'article relatif aux locations faites sans écrit* ».

L'art. 1739 ajoute : « *Lorsqu'il y a un congé signifié, le preneur, quoiqu'il ait con-* » *tinué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite réconduction* ». Le congé dont il s'agit ici n'est pas le même que celui dont parle l'art. 1736. Ce dernier a pour but de mettre fin à un bail dont la durée est illimitée, tandis que le congé auquel fait

allusion l'art. 1739 (on l'appelle quelquefois *congé-avertissement*) est destiné à empêcher la tacite réconduction. Ordinairement il est donné par le bailleur, qui, voyant le preneur continuer à occuper les lieux loués après que le bail a pris fin par l'expiration du terme assigné à sa durée, ou prévoyant qu'il les occupera pendant un certain temps, lui fait savoir que, s'il veut bien ne pas l'expulser immédiatement, il n'entend pas pour cela consentir un nouveau bail ; le bailleur proteste ainsi contre l'induction qu'on pourrait tirer plus tard contre lui de son silence, au point de vue de la tacite réconduction. Le *congé-avertissement* peut aussi être donné par le preneur, au cas où, se voyant forcé d'occuper les lieux loués pendant un certain temps après la cessation du bail, il craint que le bailleur ne lui oppose la tacite réconduction.

Aux termes de l'art. 1740 : « *Dans le cas des deux articles précédents, la caution* » *donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation* ». Le bail a pris fin de plein droit par l'expiration du terme assigné à sa durée, donc aussi l'engagement de la caution qui a garanti ce bail. Un nouveau consentement de sa part serait nécessaire, pour qu'elle fût tenue de l'exécution du nouveau bail qui se forme par le consentement tacite des parties. Même solution en ce qui concerne l'hypothèque donnée pour garantir l'exécution des obligations résultant du bail primitif.

La tacite réconduction, qui est un *nouveau bail* et non la continuation de l'ancien (arg. art. 1738 et 1776), n'est possible que pour les *baux écrits,* c'est-à-dire pour ceux qui, ayant une durée déterminée par la convention expresse ou légalement présumée des parties, prennent fin de plein droit à l'expiration du terme fixé. Il est manifeste qu'il ne peut pas être question de tacite réconduction pour les baux *sans écrit,* dont la durée est indéfinie et qui ne prennent fin que par un congé. En effet, de deux choses l'une : ou il n'a pas été donné congé, et alors le bail continue toujours ; ou il a été donné congé, et dans ce cas un nouveau bail ne peut pas se former par le consentement tacite des parties, puisque l'une d'elles a manifesté expressément une volonté contraire.

II. *Causes accidentelles de cessation du bail.*

701. Le contrat de louage prend fin accidentellement :

1° *Par la perte de la chose louée.* Aux termes de l'art. 1741 : « *Le* « *contrat de louage se résout par la perte de la chose louée* ». Il s'agit de la perte totale. La loi ne distingue pas si elle est survenue par la faute du bailleur, par celle du preneur, par celle d'un tiers ou par cas fortuit. Dans toutes les hypothèses, le bail est résilié *de plein droit.* L'art. 1722, première partie, le dit pour le cas de perte fortuite, et la même solution doit être donnée pour le cas de perte survenue par toute autre cause. Du moment qu'il n'est plus possible au bailleur de procurer au preneur l'usage de la chose louée, le preneur cesse de devoir le prix du bail, qui en est la contre-valeur : son obligation est désormais sans cause. Il peut seulement y avoir lieu à des dommages et intérêts à la charge de celui par la faute duquel la perte serait arrivée.

La perte de la substance de la chose suffit pour entraîner la résiliation du bail, comme il arriverait au cas où un vignoble affermé serait entièrement détruit par le phylloxéra. Aix, 27 mai 1875, Sir., 75. 2. 147. V. cependant Bordeaux, 16 avril 1886, Sir., 87. 2. 38.

Pour le cas de perte partielle voyez art. 1722 (*supra* n. 670).

2° *Par l'expropriation ou cession de l'immeuble loué, pour cause d'utilité publique.* V. art. 17 et 18 de la loi du 3 mai 1841.

3° *Par l'inexécution de la part d'une des parties des obligations que le contrat lui impose.* Nous lisons à ce sujet dans l'art. 1741 : « *Le contrat » de louage se résout... par le défaut respectif du bailleur et du preneur, » de remplir leurs engagements* ». C'est une application pure et simple du principe posé en l'art. 1184.

4° *Par l'annulation, la rescision ou la résolution du titre de propriété du bailleur.* Voyez toutefois une exception à ce principe dans l'art. 1673.

5° *Par l'éviction que subit le bailleur.* V. *supra,* n. 670.

702. Telles sont les principales causes qui mettent fin au bail.

« *Le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur, ni » par celle du preneur* » (art. 1742). C'est une application du principe consacré par l'art. 1122.

Il n'est pas résolu non plus par la vente de la chose louée : « *Si le » bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou » le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à » moins qu'il* [le bailleur] *ne se soit réservé ce droit par le contrat de » bail* » (art. 1743). Des considérations économiques de premier ordre ont porté le législateur à mettre le preneur à l'abri d'une expulsion résultant du fait du bailleur : il faut que la jouissance du preneur soit assurée pour tout le temps fixé par le bail. La solution contraire aurait jeté un trouble grave dans les relations sociales. Et toutefois, pour éviter une fraude facile à commettre, la loi ne permet au preneur d'opposer son bail à l'acquéreur qu'autant qu'il a date certaine.

Lorsque le bail contient la réserve du droit d'expulser le preneur au cas de vente, la clause ne peut être invoquée que par l'acquéreur; elle ne peut pas l'être par le preneur. L'acquéreur pourra donc exiger la continuation du bail, s'il y trouve son profit.

Aux termes de l'art. 1748 : « *L'acquéreur qui veut user de la faculté réservée par » le bail, d'expulser le fermier ou locataire en cas de vente, est, en outre, tenu » d'avertir le locataire au temps d'avance usité dans le lieu pour les congés. — Il doit » aussi avertir le fermier des biens ruraux, au moins un an à l'avance* ».

Le preneur, expulsé en vertu de la clause qui nous occupe, a-t-il droit à des dommages et intérêts? La loi répond à cette question dans les art. 1744 à 1747 et 1749 à 1750, que nous nous bornerons à transcrire.

Art. 1744. *S'il a été convenu, lors du bail, qu'en cas de vente, l'acquéreur pourrait expulser le fermier ou locataire, et qu'il n'ait été fait aucune stipulation sur les dommages et intérêts, le bailleur est tenu d'indemniser le fermier ou le locataire de la manière suivante.*

Art. 1745. *S'il s'agit d'une maison, appartement ou boutique, le bailleur paie, à titre de dommages et intérêts, au locataire évincé, une somme égale au prix du loyer, pendant le temps qui, suivant l'usage des lieux, est accordé entre le congé et la sortie.*

Art. 1746. *S'il s'agit de biens ruraux, l'indemnité que le bailleur doit payer au fermier, est du tiers du prix du bail pour tout le temps qui reste à courir.*

Art. 1747. *L'indemnité se règlera par experts, s'il s'agit de manufactures, usines ou autres établissements qui exigent de grandes avances.*

Art. 1749. *es fermiers ou les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur, ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués.*

Art. 1750. *Si le bail n'est pas fait par acte authentique, ou n'a point de date certaine, l'acquéreur n'est tenu d'aucuns dommages et intérêts.*

Enfin, aux termes de l'art. 1751 : « *L'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de » la faculté d'expulser le preneur, jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé » pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable* ».

§ VI. *Nature du droit du preneur.*

703. Le bail confère-t-il au preneur un droit réel de jouissance ou seulement un droit personnel? Nous croyons que le preneur n'a qu'un droit personnel. La tradition est en ce sens (Pothier, *Bail à rente,* n. 3) et le code civil ne l'a pas changée sur ce point.

L'art. 1743 est la citadelle des partisans de la réalité du droit du preneur; ils raisonnent de la manière suivante. Si le preneur n'acquérait qu'un droit personnel de jouissance en vertu du bail, il pourrait être expulsé par l'acquéreur de la chose louée. En effet l'acquéreur n'est qu'un successeur à titre particulier du vendeur; or il est de principe que les successeurs à titre particulier ne sont pas tenus des obligations de leur auteur. En nous disant que l'acquéreur est obligé de respecter le bail consenti par le vendeur, l'art. 1743 nous donne donc à entendre que ce bail a fait naître un droit réel au profit du preneur. Le bail peut être opposé à l'acquéreur, au même titre que pourrait l'être une constitution de servitude, d'hypothèque ou d'usufruit, faite par l'aliénateur.

Pour que l'argument fût péremptoire, il faudrait que l'art. 1743 ne pût s'expliquer qu'en admettant la réalité du droit du preneur; or on peut en donner une autre explication fort simple, qui se concilie parfaitement avec la personnalité de ce droit, et l'argument perd ainsi presque toute sa force. Dans notre ancien droit, il n'était pas contesté que le bail, au moins quand il n'était pas à long terme, ne fît naître qu'un droit personnel au profit du preneur ; on en tirait logiquement cette conséquence que le preneur pouvait être expulsé par l'acquéreur de la chose louée. *Successor particularis non tenetur stare colono,* dit un vieil adage, emprunté à la loi *Emptorem.* Cependant l'acquéreur pouvait être obligé de respecter le bail, et même de l'*entretenir,* c'est-à-dire de remplir les obligations qu'il imposait au bailleur, en vertu d'une clause du contrat, qui vraisemblablement était très fréquente. Quand une clause devient de style, le législateur la sous-entend volontiers dans les actes, et c'est tout simplement ce qu'il a fait dans l'art. 1743.

L'art. 1743 peut donc très bien s'expliquer dans la théorie traditionnelle de la personnalité du droit du preneur. Ajoutons que de nombreux textes supposent cette personnalité. C'est d'abord l'art. 1709, qui, reproduisant la définition de Pothier, nous dit que « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties *s'oblige* à » faire jouir l'autre ». Même langage dans les art. 1719 et 1720, qui nous représentent le contrat de louage comme n'engendrant que des obligations à la charge du bailleur et par conséquent un droit de créance, donc un droit personnel, au profit du preneur. Voyez aussi l'art. 1722. Enfin, si le preneur avait, comme on le prétend, un droit réel, il aurait une action réelle pour le défendre, une sorte d'action *confessoire* contre

tous ceux qui mettraient obstacle à son droit de jouissance, et il aurait qualité pour défendre à tout procès concernant la chose louée; or nous voyons précisément le code civil lui refuser l'action réelle tant en défendant qu'en demandant. Voy. art. 1727. Cpr. Lyon, 1er juillet 1881, Sir., 83. 2. 212.

704. De cette prémisse nous tirerons plusieurs déductions.

1° L'acquéreur est obligé d'*entretenir* le bail consenti par son vendeur, c'est-à-dire d'exécuter envers le preneur les obligations que le contrat imposait au vendeur : comme contre-partie, l'acquéreur a le droit d'exiger du preneur l'exécution de toutes les obligations que le bail lui impose. En un mot, l'acquéreur est subrogé au vendeur quant aux droits et aux obligations résultant du bail. Dans le système de la réalité du droit du preneur, on décide au contraire que l'acheteur est seulement tenu de laisser jouir le preneur, mais non de le faire jouir.

2° Les jugements, rendus au profit du bailleur relativement à la propriété de la chose louée, peuvent être invoqués par le preneur, et en sens inverse on peut lui opposer les jugements rendus contre le bailleur. Au contraire, si l'on admet que le preneur a un droit réel, on devra décider que la chose jugée avec le bailleur n'a pas d'autorité pour ou contre lui.

3° Le droit du preneur étant personnel, il ne peut l'opposer qu'au bailleur, à ses successeurs universels, et à l'acquéreur de la chose louée, en vertu de l'art. 1743. Si au contraire on reconnaît au preneur un droit réel, il faut lui permettre de l'opposer à toute personne indistinctement, de l'invoquer *contra quoscumque*. Notons toutefois que, s'il s'agit d'un bail de plus de dix-huit ans, il ne pourra être opposé à l'acquéreur de l'immeuble donné à bail qu'autant qu'il aura été transcrit avant que l'acquéreur ait lui-même fait opérer la transcription de son titre. Voyez les art. 2-4° et 3 combinés de la loi du 23 mars 1855, qui ont modifié sur ce point l'art. 1743.

Du principe que le droit du preneur est personnel, les auteurs tirent en général cette conséquence qu'il est mobilier. M. Colmet de Santerre soutient au contraire avec une très grande force que les deux questions sont complètement indépendantes l'une de l'autre, et, tout en admettant la personnalité du droit du preneur, il donne d'excellentes raisons pour prouver que ce droit est immobilier quand il s'applique à un immeuble. Nous n'entrerons pas dans ce débat.

De longues années s'écoulèrent après la promulgation du code civil, sans que nul songeât à attaquer la doctrine traditionnelle de la personnalité du droit du preneur. C'est Troplong qui le premier a soutenu la thèse étrange de la réalité. Elle a subi le sort qu'elle méritait. La cour de cassation l'a répudiée sous la présidence de Troplong lui-même, et dans la doctrine elle n'a trouvé que de rares prosélytes. Cpr. Cass., 16 juin 1880, Sir., 80. 1. 456.

SECTION II

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A LOYER

705. Obligations particulières du preneur à loyer.

L'art. 2102-1° accorde au bailleur à loyer, pour la sûreté des diverses créances que le contrat de bail fait naître à son profit, un privilège sur tous les meubles garnissant la maison louée. Dans le but d'assurer l'exercice de ce privilège, l'art. 1752 dispose : « *Le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer* », par exemple une caution ou une hypothèque.

Le même sort est réservé au locataire qui, après avoir garni les lieux loués de meubles suffisants, fait disparaître ces meubles.

Au cas où le locataire annoncerait l'intention de vendre toutes les marchandises garnissant les lieux loués sans les remplacer, le locateur peut demander la nomination d'un séquestre chargé de percevoir les prix des ventes jusqu'à concurrence d'une somme suffisante pour faire face à l'exécution des obligations résultant du bail. Paris, 21 avril 1886, Sir., 87. 2. 203.

Les meubles doivent-ils avoir une valeur suffisante pour garantir le paiement de tous les loyers à échoir jusqu'à la fin du bail ? La loi a omis de s'expliquer sur ce point; par conséquent, en cas de contestation, les juges apprécieront en fait si les meubles, apportés par le locataire dans la maison, fournissent au locateur une garantie suffisante.

II. Le preneur est chargé en principe des réparations locatives dont le besoin se fait sentir pendant la durée du bail. L'art. 1754 en donne une énumération qui n'est nullement limitative. « *Les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu, s'il n'y a clause contraire, sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et, entre autres, les réparations à faire, — Aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes des cheminées; — Au recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d'habitation, à la hauteur d'un mètre; — Aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés; — Aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle, ou autres accidents extraordinaires et de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu; Aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutiques, gonds, targettes et serrures.* Il ne s'agit pas des réparations locatives qui étaient à faire lors de l'entrée en jouissance du preneur, et dont la cause par suite ne saurait lui être imputée; nous savons que l'art. 1720 al. 1 les met à la charge du locateur. La loi veut parler de celles dont le besoin se fait sentir pendant la durée du bail; elle les met à la charge du locataire, parce qu'il y a lieu de présumer qu'elles ont été occasionnées par un défaut de soin qui lui est imputable. Mais cette présomption est susceptible d'être combattue par la preuve contraire, que l'art. 1755 réserve formellement en ces termes : « *Aucune des réparations réputées locatives n'est à la charge des locataires, quand elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure* ».

« *Le curement des puits et celui des fosses d'aisance sont à la charge du bailleur, s'il n'y a clause contraire* » (art. 1756).

706. Durée de certains baux à loyer, lorsqu'elle n'a pas été expressément déterminée par les parties. — Nous nous bornerons sur ce point à transcrire les art. 1757 et 1758.

Art. 1757. *Le bail des meubles fournis pour garnir une maison entière, un corps, de logis entier, une boutique, ou tous autres appartements, est censé fait pour la durée ordinaire des baux de maisons, corps de logis, boutiques ou autres appartements, selon l'usage des lieux.*

Art. 1758. *Le bail d'un appartement meublé est censé fait à l'année, quand il a été fait à tant par an; — Au mois, quand il a été fait à tant par mois; — Au jour, s'il a été fait à tant par jour. — Si rien ne constate que le bail soit fait à tant par an, par mois ou par jour, la location est censée faite suivant l'usage des lieux.*

707. Tacite réconduction. — « *Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir, ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux* » (art. 1759). Voilà un texte inutile : il formule une application pure et simple du principe posé par l'art. 1738.

708. Résiliation par la faute du locataire. — « *En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts, qui ont pu résulter de l'abus* » (art. 1760).

709. Disposition particulière. — Une loi romaine célèbre, la loi *Æde* (l. 3, C., *De loc. et cond.*), autorisait le propriétaire à expulser son locataire de la maison louée, lorsqu'il en avait besoin pour son usage personnel ou voulait la rebâtir. Le silence du code civil aurait suffi peut-être pour abroger cette disposition, que notre ancien droit avait admise et même étendue, bien qu'elle portât une atteinte assez peu justifiée au grand principe de l'irrévocabilité des conventions. Un excès de prudence a porté le législateur à s'expliquer catégoriquement sur ce point. On lit dans l'art. 1761 : « *Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même la maison louée, s'il n'y a eu convention contraire* ». Et l'art. 1762 ajoute : « *S'il a été convenu, dans le contrat de louage, que le bailleur pourrait venir occuper la maison, il est tenu de signifier d'avance un congé aux époques déterminées par l'usage des lieux* ».

SECTION III

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A FERME

710. Le code civil distingue deux espèces de bail à ferme : *le bail à ferme ordinaire,* dont le prix consiste en une somme d'argent ou en une quantité fixe de denrées, cent hectolitres de froment par exemple, et le *bail à colonat partiaire,* ou *colonage partiaire,* que la loi appelle aussi quelquefois *bail à métairie* (art. 1829), dans lequel les fruits se partagent, ordinairement par moitié, entre le bailleur et le colon.

I. *Du bail à ferme ordinaire.*

1. *Obligations particulières du bailleur.*

711. *a.* — Le bailleur d'un fonds de terre doit délivrer la contenance indiquée au contrat, et n'est tenu de délivrer que cette contenance. Les conséquences de l'erreur en plus ou en moins, qui aurait été commise par le bailleur dans l'indication de la contenance du fonds, sont réglées par l'art. 1765, ainsi conçu : « *Si, dans un bail à ferme, on donne aux fonds une contenance moindre ou plus grande que celle qu'ils ont réellement, il n'y a lieu à augmentation ou diminution de prix pour le fermier, que dans les cas et suivant les règles exprimés au titre* de la Vente ». Il faut donc appliquer les art. 1617 à 1623.

712. *b.*— Le bailleur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix du bail, lorsque, par suite d'un cas fortuit qu'il n'a

pas pris à sa charge et qui se produit avant que les fruits soient séparés de la terre, le fermier est privé de la moitié au moins d'une récolte ; à moins cependant qu'il ne soit indemnisé par les récoltes antérieures, ou qu'il ne se trouve l'être à la fin du bail, en appréciant toutes les récoltes dans leur ensemble.

La loi établit à cet égard les règles suivantes.

Art. 1770. *Si le bail n'est que d'une année, et que la perte soit de la totalité des fruits, ou au moins de la moitié, le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix de la location. — Il ne pourra prétendre aucune remise, si la perte est moindre de moitié.*

Art. 1769. *Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes. — S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance ; — Et cependant le juge peut provisoirement dispenser le preneur de payer une partie du prix en raison de la perte soufferte.*

Art. 1771. *Le fermier ne peut obtenir de remise, lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre, à moins que le bail ne donne au propriétaire une quotité de la récolte en nature ; auquel cas le propriétaire doit supporter sa part de la perte, pourvu que le preneur ne fût pas en demeure de lui délivrer sa portion de récolte. — Le fermier ne peut également demander une remise, lorsque la cause du dommage était existante et connue à l'époque où le bail a été passé.*

Art. 1772. *Le preneur peut être chargé des cas fortuits par une stipulation expresse.*

Art. 1773. *Cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure. — Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le preneur n'ait été chargé de tous les cas fortuits prévus ou imprévus.*

Il résulte de ces textes que cinq conditions sont requises pour que la privation totale ou partielle d'une récolte, résultant d'un cas fortuit, puisse autoriser le fermier à réclamer une diminution de son fermage.

1° Il faut que le fermier n'ait pas pris à sa charge les cas fortuits. La loi explique suffisamment que cette stipulation doit être considérée comme ne comprenant que les cas fortuits ordinaires, à moins que la convention ne porte que le fermier se charge des cas fortuits *prévus et imprévus* (art. 1772 et 1773).

2° La perte doit être survenue avant que les fruits fussent séparés de la terre. Une fois récoltés, les fruits sont devenus la propriété du fermier, et, s'ils périssent, ils périront pour son compte, d'après la règle *Res perit domino*. Il en est autrement dans le colonage partiaire : les fruits recueillis appartenant alors par indivis au propriétaire et au colon, leur perte fortuite serait naturellement supportée par l'un et par l'autre, chacun dans la mesure de son droit.

3° Il faut que, dans une même année, la moitié au moins de la récolte, que le fonds devait normalement produire, ait été enlevée (art. 1769 et 1770). Ainsi le fermier, qui, pendant toute la durée d'un bail de neuf ans, n'aurait recueilli chaque année par suite de cas fortuits que deux tiers de récolte n'aurait droit à aucune indemnité.

4° La perte, quelque considérable qu'elle soit, ne donne jamais lieu à une remise du prix au profit du fermier, si elle se trouve compensée par l'excédent des récoltes précédentes appréciées dans leur ensemble et en prenant pour terme de comparaison le produit moyen du fonds.

5° En supposant que la perte de plus de moitié, subie par le fermier sur la récolte d'une année, ne soit pas couverte par l'excédent des récoltes précédentes, le droit à une réduction du fermage n'est pas encore irrévocablement acquis au fermier, qui peut seulement obtenir du juge la dispense de payer provisoirement une partie du fermage proportionnelle à la perte subie. Pour le règlement définitif des droits des parties, il faut attendre la fin du bail. Alors on fera la somme des produits de toutes les récoltes perçues par le fermier pendant la durée de sa jouissance. Si cette somme est égale ou supérieure au produit moyen du fonds pendant toute la durée du bail, la perte subie par le fermier est compensée, et il doit payer intégralement ses fermages. Dans le cas contraire, il a droit à une diminution proportionnelle à l'importance du déficit : c'est ce que la loi appelle faire la *compensation de toutes les années de jouissance.*

713. Eclaircissons par un exemple ce qui vient d'être dit sous les nos 4 et 5. Bail pour trois ans, moyennant 10,000 fr. par an, d'un vignoble dont le produit moyen est de 100 barriques de vin par an : ce qui représente 300 barriques pour les trois années. La seconde année, le fermier ne récolte que 40 barriques de vin, par suite d'une forte coulure; il subit donc une perte de plus de moitié. A-t-il droit à une diminution proportionnelle du fermage? Cela dépend.

a. — Si, la première année, il a récolté 160 barriques de vin ou plus, la perte est compensée; il n'a droit à aucune diminution du prix de ferme. Et cela, alors même que la troisième année se solderait par un déficit, s'il est inférieur à la moitié : solution qui, soit dit en passant, est difficile à justifier dans le système de la loi.

b. — Si l'on suppose que la première année n'a donné que 110 barriques de vin, le déficit de la deuxième année n'est pas compensé; le fermier est encore en perte de 50 barriques comparativement au produit moyen du fonds. A-t-il un droit irrévocablement acquis à une diminution proportionnelle du fermage, soit à une diminution de 5,000 fr.? Non; le juge peut seulement l'autoriser à suspendre provisoirement le paiement de cette somme. Les droits des parties ne pourront être définitivement réglés qu'à l'expiration du bail : tout dépendra du résultat de la troisième année. Supposons que la troisième année ait donné au fermier une récolte de 150 barriques. Le fermier a donc perçu 110 barriques la première année, 40 la seconde et 150 la troisième : total 300 barriques, chiffre précisément égal au produit moyen du fonds pendant la durée du bail; la perte est compensée, le fermier doit payer intégralement ses fermages. Si au contraire la troisième année n'a produit par hypothèse que 140 barriques, le fermier se trouve être en définitive en perte de 10 barriques; il aura droit à une diminution proportionnelle de son fermage, soit 1,000 fr.

2. *Obligations du preneur.*

714. *a.* — L'art. 1766 énumère toute une série d'obligations dont l'inaccomplissement pourrait, *suivant les circonstances* (expressions qui laissent au juge une certaine latitude d'appréciation), entraîner la résiliation du bail : « *Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des » bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne » la culture, s'il ne cultive pas en bon père de famille, s'il emploie la » chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou, en » général, s'il n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un » dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, » faire résilier le bail. — En cas de résiliation provenant du fait du*

» *preneur, celui-ci est tenu des dommages et intérêts, ainsi qu'il est dit* » *en l'article* 1764 ».

En imposant au fermier l'obligation de garnir la ferme des bestiaux et ustensiles nécessaires à son exploitation, le législateur ne s'est pas seulement proposé pour but d'assurer la bonne culture des terres ; il a voulu en outre garantir l'exercice du privilège accordé au bailleur par l'art. 2102-1°. Cette même vue a dicté la disposition de l'art. 1767, ainsi conçu : « *Tout preneur de bien rural est tenu d'engranger dans les* » *lieux à ce destinés d'après le bail* » ; car, s'il engrangeait ailleurs, le bailleur, qui a privilège sur la récolte de l'année (art. 2102-1°), n'aurait plus cette récolte sous sa main et pourrait voir son privilège compromis : notamment des détournements pourraient plus facilement être commis à son préjudice.

b. — « *Le preneur d'un bien rural est tenu, sous peine de tous* » *dépens, dommages et intérêts, d'avertir le propriétaire des usurpations* » *qui peuvent être commises sur les fonds. — Cet avertissement doit être* » *donné dans le même délai que celui qui est réglé en cas d'assignation* » *suivant la distance des lieux* » (art. 1768). Le propriétaire a grand intérêt à être informé des usurpations commises par les voisins sur son domaine et à en être informé promptement ; car, au bout d'un an, l'usurpateur aurait acquis la possession légale, ce qui lui assurerait le rôle de défendeur dans le procès où se débattra la question de propriété, et rejetterait par conséquent la preuve sur le propriétaire obligé d'agir en revendication.

3. *Durée des baux à ferme.*

715. Nous avons vu que le bail à loyer est censé fait pour un temps indéfini, lorsque les parties n'en ont pas fixé conventionnellement la durée ; le bail se continue donc, tant qu'il n'y a pas été mis fin par un congé. Il n'en est pas de même du bail à ferme : la loi en fixe la durée au temps nécessaire pour que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage, lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur ce point ; et telle est en effet leur volonté probable. L'art. 1774 al. 1 dit à ce sujet : « *Le bail, sans écrit, d'un fonds rural, est censé fait pour* » *le temps qui est nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits* » *de l'héritage affermé* ».

Les mots *bail sans écrit* désignent ici, comme dans l'article suivant, tout bail dont les parties n'ont pas fixé la durée par une convention expresse, écrite ou verbale peu importe.

La loi ajoute : « — *Ainsi le bail à ferme d'un pré, d'une vigne, et de* » *tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de* » *l'année, est censé fait pour un an. — Le bail des terres labourables,* » *lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant* » *d'années qu'il y a de soles* » (art. 1774 al. 2).

La division en *soles* ou *saisons* correspond à un aménagement des terres au point de vue de la culture. Par exemple, dans certaines contrées (ce ne sont pas celles où l'art agricole a fait le plus de progrès), les propriétaires divisent leurs héritages en trois *soles,* c'est-à-dire en trois parties égales, dont chacune, à tour de rôle, est consacrée à la culture du blé, puis l'année suivante à celle des menus grains et se repose la troisième année. Le bail sans écrit d'un fonds ainsi aménagé sera censé fait pour trois ans, parce que ce délai est nécessaire pour que chaque partie du fonds ait donné ce qu'elle est appelée à produire périodiquement.

On voit que le bail des fonds ruraux a toujours un terme fixe, qui est déterminé par la convention expresse ou présumée des parties. De là résultent deux conséquences.

1° *Le bail des héritages ruraux, quoique fait sans écrit, cesse de plein » droit à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait, selon l'arti- » cle précédent* » (art. 1775).

2° « *Si, à l'expiration des baux ruraux écrits, le preneur reste et est » laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par » l'article* 1774 » (art. 1776).

Le mot *écrits* est de trop dans ce dernier article ; car tous les baux de biens ruraux sont écrits *hoc sensu,* puisque la durée en est toujours fixée par la convention expresse ou légalement présumée des parties ; tous par conséquent sont susceptibles de la tacite réconduction (*supra* n. 700). A moins qu'on ne dise que cette épithète a été employée pour exclure le cas où il aurait été expressément convenu entre les parties que le bail durera indéfiniment, jusqu'à ce que l'une des parties ait donné congé à l'autre ; il est bien évident que la tacite réconduction ne pourrait pas s'opérer dans cette hypothèse.

4. Droits et devoirs respectifs du fermier entrant et du fermier sortant.

716. Les baux de biens ruraux expirent ordinairement à la fin de novembre. Le nouveau fermier, qui doit succéder à l'ancien, ne peut pas attendre jusqu'à cette époque pour commencer ses travaux de culture et d'ensemencement ; autrement il ne pourrait préparer la récolte des grains qui se sèment avant l'hiver. Aussi l'art. 1777 dispose-t-il : « *Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède dans la » culture, les logements convenables et autres facilités pour les travaux » de l'année suivante ; et réciproquement, le fermier entrant doit procurer » à celui qui sort, les logements convenables et autres facilités pour la » consommation des fourrages, et pour les récoltes restant à faire. — » Dans l'un et l'autre cas, on doit se conformer à l'usage des lieux* ».

Cette disposition est complétée par celle de l'art. 1778, ainsi conçu : « *Le fermier sortant doit aussi laisser les pailles et engrais de l'année, » s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance ; et quand même il ne » les aurait pas reçus, le propriétaire pourra les retenir suivant l'estima-*

» *tion* ». — C'est une véritable expropriation; mais il y a un intérêt public en cause, celui de la bonne culture des terres, et c'est pourquoi la loi l'a autorisée.

II. *Du colonage partiaire.*

717. Définition. — Le colonage partiaire est un bail à ferme, dans lequel les fruits se partagent entre le propriétaire et le colon suivant la proportion indiquée au contrat, ordinairement par moitié, auquel cas le colon partiaire prend le nom de *métayer* (de *meta*, moitié). Le propriétaire, au lieu de toucher un prix fixe, comme dans le bail à ferme proprement dit, reçoit donc une redevance aléatoire; il est associé aux chances agricoles.

Notre législateur n'a consacré que deux articles au colonage partiaire.

Art. 1763. *Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer, ni céder, si la faculté ne lui en a été expressément accordée par le bail.*

Art. 1764. *En cas de contravention, le propriétaire a droit de rentrer en jouissance, et le preneur est condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution du bail.*

Il est certain que le colonage partiaire a une grande affinité avec la société. Faut-il dire pour cela qu'il constitue une véritable société, ou tout au moins un contrat innommé dans lequel le caractère de la société prédomine? Cette solution a trouvé des partisans, et, en législation tout au moins, il y a d'excellents motifs à l'appui. Mais il ne s'agit pas de savoir ce que devrait être en théorie le colonage partiaire; il faut rechercher quel caractère notre législateur a entendu lui assigner. Or, si l'on se place sur ce terrain, il est difficile de ne pas reconnaître que le colonage partiaire est un louage. Tout d'abord la place, qui a été assignée aux deux articles consacrés à ce contrat, n'a-t-elle pas son éloquence? Ils figurent dans la section consacrée aux *baux à ferme;* et, comme pour nous montrer qu'il ne les a pas placés là par inadvertance, c'est par eux que le législateur débute. Puis nos deux articles emploient des expressions significatives au point de vue de la nature du contrat : le propriétaire y est appelé *bailleur,* le colon *preneur,* et le contrat lui-même *bail.* Ce n'est pas assez; l'un de ces deux articles, l'art. 1763, interdit au colon de *sous-louer* ou de *céder son bail :* prohibition qui n'aurait pas de sens, si, dans la pensée du législateur, le colonage partiaire était une société !

Le colonage partiaire est donc un louage (Riom, 19 novembre 1884, Sir., 85. 2. 125). Par conséquent ce sont les règles du louage, et non celles de la société qu'il faut lui appliquer. De là nous tirerons quatre conséquences.

1° Le bailleur a le privilège de l'art. 2102-1° pour l'exécution de toutes les obligations que le contrat impose au colon partiaire, et notamment pour le remboursement des avances qu'il lui a faites en exécution d'une clause du bail.

2° Le colonage partiaire ne prend pas fin par la mort du bailleur; il ne se dissout même pas par celle du preneur (arg. art. 1742). On objecte que le colonage partiaire est fait *intuitu personæ :* le propriétaire a pris en considération l'aptitude professionnelle du colon et surtout son honorabilité; le contrat doit donc se dissoudre par sa mort, comme la société dont il est l'image (art. 1865). Nous répondons

que telle n'a point été vraisemblablement l'intention des parties. Le plus souvent le colon a des enfants qu'il associe à ses travaux; en mourant il leur lègue le fruit de son expérience, et, ce qui est plus précieux, la probité dont il leur a donné l'exemple; l'honneur est de tradition dans les familles. Héritant de tout cela, pourquoi les enfants du colon n'hériteraient-ils pas aussi de la confiance que le maître avait témoignée à leur père? Tout ce que l'on pourrait concéder, c'est que le bailleur aurait le droit de demander la résiliation du bail, si les héritiers du colon ne présentaient pas les conditions nécessaires pour sa bonne exécution.

3° Les art. 1774 et 1775, qui fixent la durée du bail à ferme fait sans écrit, seraient applicables au colonage partiaire.

4° Les art. 1733 et 1734, relatifs à la responsabilité du preneur au cas d'incendie, s'appliquent au bail à colonage partiaire. Pau, 5 avril 1884, Sir., 84. 2. 186.

CHAPITRE III

DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE

718. Nous savons que, dans le louage d'ouvrage et d'industrie, le locateur est celui qui s'engage à fournir ses services, et le locataire celui qui s'oblige à en payer le prix.

Aux termes de l'art. 1779 : « *Il y a trois espèces principales de louage* » *d'ouvrage et d'industrie :* — 1° *Le louage des gens de travail qui s'enga-* » *gent au service de quelqu'un;* — 2° *Celui des voituriers, tant par terre* » *que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des mar-* » *chandises;* — 3° *Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis* » *ou marchés* ».

L'expression *gens de travail,* qu'emploie le 1° de notre article, comprend les domestiques et les ouvriers.

SECTION PREMIÈRE

DU LOUAGE DES DOMESTIQUES ET OUVRIERS

719. *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entre-* » *prise déterminée* », dit l'art. 1780. Cette disposition est une conséquence du grand principe que la liberté de l'homme est inaliénable.

Cpr. Cass., 28 juin 1887, Sir., 87. 1. 380.

Elle repose donc sur des considérations d'ordre public. Par conséquent la nullité de la convention qui y porte atteinte, pour mieux dire son inexistence, pourrait être invoquée par les deux parties, et non pas seulement, comme on l'a prétendu, par celle qui a aliéné sa liberté en engageant ses services pour toute sa vie.

Est nulle, comme portant atteinte à la prohibition de notre article, non seulement la convention par laquelle une personne a engagé ses services pour toute sa vie, mais toute convention équivalente, par exemple celle par laquelle un domestique engage ses services pour un temps plus long que la durée probable de son existence, ou pour toute la durée de la vie d'un maître plus jeune que lui, ou pour toute la durée d'une entreprise qui doit se prolonger pendant plusieurs géné-

rations. Les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation : ils s'inspireront de ce principe qu'on ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement.

720. De la preuve en matière de louage de services. — L'art. 1781 du code civil portait : « *Le maître est cru sur son affirmation,* » — *Pour la quotité des gages;* — *Pour le paiement du salaire de l'année* » *échue;* — *Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante* ».

Ce texte contenait une double dérogation au droit commun : 1° il interdisait au domestique le droit de recourir à la preuve testimoniale, même en matière n'excédant pas 150 fr., pour établir la quotité de ses gages ou l'importance des paiements à lui faits par le maître; 2° le maître en était cru sur son affirmation (qui, d'après la plupart des interprètes, devait être une affirmation sous serment), pour la quotité des gages et pour le paiement des salaires de l'année échue et des acomptes donnés sur l'année courante; le juge ne pouvait en aucun cas déférer le serment au domestique sur l'un ou l'autre point. On essayait de justifier cette préférence, accordée au maître, en disant qu'il devait inspirer plus de confiance que le domestique, parce qu'il était plus instruit et doué par cela même, on devait le supposer, d'une plus grande moralité, plus riche aussi et par conséquent moins intéressé à trahir la vérité dans un débat où il s'agit en général d'une faible somme.

L'art. 1781 n'appartient plus qu'à l'histoire; il a été abrogé par la loi du 2 août 1868, comme blessant le principe d'égalité proclamé par la constitution politique. En conséquence, la preuve du louage de services se trouve aujourd'hui soumise aux règles du droit commun.

Or, voici la situation que le droit commun fait ici aux deux parties.

a. — Le domestique doit prouver qu'il est créancier du salaire dont il réclame le paiement (arg. art. 1315 al. 1). Pour cela il est obligé de démontrer l'existence du contrat de louage de services et le prix moyennant lequel il a été conclu. Cette preuve ne peut être faite par témoins qu'autant qu'il y a commencement de preuve par écrit ou qu'on se trouve en matière n'excédant pas 150 fr. On est ici en matière n'excédant pas 150 fr., lorsque le montant total des salaires stipulés par le domestique pour tout le temps pendant lequel il s'est engagé à rester au service de son maître, ne dépasse pas la somme de 150 fr. (arg. art. 1341 et s.). Au-dessus de ce chiffre, le domestique en serait réduit, à défaut d'écrit, à la preuve résultant de l'aveu du maître ou du serment qu'il lui déférerait, c'est-à-dire que la situation sera dans ce cas à peu près celle que l'art. 1781 faisait aux deux parties. Le principe de l'indivisibilité de l'aveu devrait recevoir son application au cas où le maître, en avouant l'existence du contrat, déclarerait avoir payé une partie des gages. La créance du domestique ne serait donc prouvée que jusqu'à concurrence de la somme dont le maître se reconnaît actuellement débiteur.

b. — Une fois que le domestique aura établi l'existence et le montant de sa créance, si le maître prétend s'être libéré en tout ou en partie par un paiement, il devra en fournir la preuve (arg. art. 1315 al. 2), et il ne sera admis à prouver par témoins que les paiements ne dépassant pas le chiffre de 150 fr. Au delà de cette limite, le maître, à moins d'avoir un commencement de preuve par écrit, se trouvera à la discrétion du domestique, en ce sens qu'il en sera réduit à la preuve résultant de l'aveu de celui-ci ou du serment qu'il lui déférera; de sorte que dans cette hypothèse la situation que l'art. 1781 faisait au maître se trouve renversée.

721. Comment le louage de services prend fin. — La loi ne

s'est pas expliquée sur ce point. Cette lacune doit être comblée à l'aide des principes généraux; ils conduisent aux décisions suivantes.

1° Si la durée du louage de services a été déterminée par la convention expresse ou tacite des parties, le contrat prend fin de plein droit à l'expiration du temps fixé. Au cas où les services continueraient d'un commun accord après que le contrat a pris fin, il y aurait tacite réconduction.

2° Si la durée du louage n'a pas été fixée par une convention expresse ou tacite, chacune des parties peut mettre fin au contrat en donnant congé à l'autre au temps d'avance fixé par l'accord exprès ou tacite des parties ou par l'usage des lieux.

3° L'inexécution par l'une des parties des obligations que le louage de services lui impose autorise l'autre partie à résoudre le contrat (arg. art. 1184). Ainsi le maître peut, avant l'expiration du temps fixé par la convention, ou sans observer les délais déterminés par la convention ou par l'usage des lieux, congédier le domestique qui manque gravement à ses devoirs, par exemple en se rendant coupable d'un vol. De même, le domestique est en droit d'abandonner le maître qui le maltraite, ou qui lui donne une nourriture insuffisante, ou qui ne lui paie pas ses gages. Mais la rupture du contrat brusquement et sans motifs légitimes par l'une des parties la rendrait passible de dommages et intérêts. Cass., 17 mai 1887, Sir., 87. 1. 378.

4° Le louage de services prend fin par la mort du domestique ou de l'ouvrier. Arg. art. 1122 et 1795.

SECTION II

DES VOITURIERS PAR TERRE ET PAR EAU

722. On désigne sous la dénomination générique de *voiturier* tous ceux qui, par profession ou accidentellement, se chargent de transporter des personnes ou des choses d'un lieu dans un autre, moyennant un prix. L'humble messager, qui fait des transports de la ville à un village voisin, est donc voiturier tout aussi bien que les plus puissantes compagnies de chemin de fer ou de navigation. C'est dire que peu importe la voie suivie et les moyens employés pour le transport : il y a des voituriers par terre et des voituriers par eau ; on a même vu pendant le siège de Paris des voituriers par air.

Le contrat dont vivent les voituriers est un contrat de louage; le voiturier y joue le rôle de *locateur*, le *voyageur* ou l'*expéditeur* celui de *locataire*.

La personne, à qui la chose voiturée est adressée, porte le nom de *destinataire* ou de *consignataire*.

La convention de transport peut être expresse ou tacite. Il y a con-

vention tacite, lorsque les objets à transporter ont été remis au voiturier ou aux personnes qu'il a préposées à cet effet, soit dans le bâtiment, soit dans la voiture, soit dans un bureau à ce destiné, soit même sur le port ou dans l'entrepôt. Arg. art. 1783.

723. Responsabilité des voituriers. — Aux termes de l'art. 1782 : « *Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde » et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obliga- » tions que les aubergistes dont il est parlé au titre* du Dépôt et du » Séquestre ».

Notre texte met les voituriers sur la même ligne que les aubergistes « *pour la » garde et la conservation* des choses qui leur sont confiées » : ce qui leur rend applicables les art. 1952 à 1954. Mais là s'arrête l'assimilation. On ne saurait donc appliquer au voiturier les règles exceptionnelles auxquelles l'aubergiste est soumis en ce qui concerne la preuve. En d'autres termes, il ne faudrait pas dire : « La loi, faisant à l'aubergiste l'application des règles du dépôt nécessaire, autorise contre lui, sans limitation, l'admission de la preuve testimoniale, à l'effet d'établir l'importance des effets introduits par les voyageurs dans l'hôtellerie et dont ils réclament la restitution (arg. art. 1950 et 1952); donc, le voiturier étant assimilé à l'aubergiste, la preuve testimoniale sera indéfiniment admissible contre lui pour prouver soit le contrat de transport, soit la remise des effets à transporter ». Nous le répétons, l'assimilation du voiturier à l'aubergiste n'est établie par la loi que *pour la garde et la conservation de la chose ;* sur le terrain de la preuve, le voiturier demeure donc soumis au droit commun, la loi n'y ayant pas dérogé ; par conséquent la preuve testimoniale ne sera pas reçue contre lui au dessus de 150 fr. A moins cependant qu'il ne soit commerçant, comme il arrivera le plus souvent ; car, en matière commerciale, la preuve testimoniale est de droit commun, en ce sens que la loi autorise les juges à l'admettre quel que soit l'intérêt engagé (arg. art. 109 C. co.).

724. A partir de quel moment commence la responsabilité du voiturier, relativement à la garde et à la conservation des objets à transporter ? L'art. 1783 dit à ce sujet : « *Ils répondent non seulement de ce » qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce » qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans » leur bâtiment ou voiture* ».

725. Maintenant l'art. 1784 va nous dire quelles sont pour le voiturier les conséquences de l'inexécution de l'obligation, dont il est tenu, de veiller à la garde et à la conservation des choses qui lui ont été remises pour les transporter : « *Ils sont responsables de la perte et des » avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent » qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure* ».

En cas de perte, le voiturier doit en principe le remboursement intégral de la valeur de la chose. Pour échapper à cette dure obligation, les compagnies de chemins de fer se sont souvent prévalu sans succès devant les tribunaux, de la clause qu'elles font imprimer au *verso* des bulletins de bagages et qui limite à une certaine somme (ordinairement 150 fr.) la responsabilité de la compagnie au cas de perte des effets. Le voiturier ne peut pas par son propre fait limiter la responsabilité dont il est tenu d'après les dispositions de la loi. Pour qu'une semblable limitation fût

opposable au voyageur, il faudrait qu'elle eût été acceptée par lui; or rien ne prouve son acceptation. Les compagnies ont le droit d'imprimer ce qu'elles veulent sur leurs bulletins de bagages; les voyageurs ne sont pas obligés de le lire. Cette circonstance, que le voyageur connaissait la clause, ne suffirait même pas pour qu'il dût par cela seul être considéré comme l'ayant acceptée; le silence n'implique pas toujours consentement tacite, surtout quand il n'y a pas moyen de protester.

La compagnie répond donc, en principe, de la valeur intégrale des effets perdus. Nous disons *en principe;* car, si le voyageur était en faute, si par exemple il avait mis dans ses malles, sans en informer la compagnie, des objets précieux qu'il pouvait facilement conserver avec lui, par exemple des billets de banque, il n'aurait pas le droit de s'en faire rembourser la valeur en cas de perte.

Bien entendu, l'expéditeur ou le voyageur doit prouver la valeur des effets perdus, dont il réclame la restitution. Tous les moyens de preuve sont d'ailleurs admissibles; le juge peut même déférer à l'expéditeur ou au voyageur le serment *in litem.*

L'art. 1784 ne contient à notre avis qu'une application des règles du droit commun, d'après lesquelles un débiteur, obligé en vertu d'un contrat, doit des dommages et intérêts à raison de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse de son obligation, à moins qu'il ne justifie que l'inexécution est la conséquence d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1147, et arg. art. 1302 et 1315 al. 2). La faute du débiteur est donc présumée, sauf la preuve contraire (cpr. t. II, n. 891). Nous en concluons que l'art. 1784, bien qu'il ne parle que du transport des choses, doit être appliqué au transport des personnes. En ce sens, Aix, 5 juillet 1887, Sir., 87. 2. 230, et 12 décembre 1887, Sir., 88. 2. 138. D'après la Cour de cassation, au contraire, l'art. 1784 serait un article d'exception, en ce qu'il présume la faute du voiturier. Il n'y aurait donc pas lieu de l'étendre au transport des personnes, qui serait régi par le droit commun, c'est-à-dire, au gré de la Cour, par les art. 1382 et 1383. Il en résulterait que le voiturier, auquel des dommages et intérêts sont demandés, du chef d'un accident survenu à une personne en cours de voyage, ne pourrait être condamné qu'autant que sa faute serait prouvée par le réclamant. Cass., 10 novembre 1884, Sir., 85. 1. 129. La Cour de Poitiers a consacré la même doctrine (6 février 1888, Sir., 85. 2. 138). C'est appliquer à la faute contractuelle les règles de la faute délictuelle, confondre la responsabilité à raison de l'inexécution d'un contrat avec la responsabilité résultant d'un délit ou d'un quasi-délit.

726. Nous nous bornons à transcrire les art. 1785 et 1786.

Art. 1785. *Les entrepreneurs de voitures publiques par terre et par eau, et ceux des roulages publics, doivent tenir registre de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent.*

Art. 1786. *Les entrepreneurs et directeurs de voitures et roulages publics, les maîtres de barques et navires, sont en outre assujettis à des règlements particuliers, qui font la loi entre eux et les autres citoyens.*

SECTION III

DES DEVIS ET DES MARCHÉS

I. *Généralités.*

727. Le législateur s'occupe ici de la troisième espèce de louage d'ouvrage, annoncée par l'art. 1779-3°: « Celui des entrepreneurs » d'ouvrage par suite de devis ou marchés ».

Le *devis* est un état détaillé des travaux à faire et des matériaux à employer, avec indication du prix des matériaux et de la main d'œuvre. Le devis a pour but de renseigner le maître qui veut faire exécuter un travail, de l'éclairer et de lui permettre d'arrêter les bases du *marché*, c'est-à-dire de la convention qu'il se propose de passer avec l'entrepreneur ou l'architecte.

On le voit, le devis est un préliminaire du marché : la plupart des marchés se font *sur devis*. Il y a donc une corrélation étroite entre ces deux choses : ce qui explique, d'une part, que dans la pratique on désigne quelquefois sous le nom de *devis* les *marchés sur devis*, et, d'autre part, que la loi paraisse dans plusieurs textes considérer comme synonymes les expressions *devis* et *marché*. Voyez notamment art. 1779-3°.

La plupart des marchés sont passés *à prix fait* ou *à forfait*, c'est-à-dire moyennant une somme fixe, qui ne variera pas suivant l'importance des travaux à faire (importance qu'il est difficile quelquefois d'apprécier rigoureusement à l'avance, surtout pour les constructions), et qui sera également indépendante des variations dans le prix de la main-d'œuvre et des matériaux. Mais cette condition n'est pas essentielle. Fréquemment les marchés, surtout ceux passés avec les architectes ou les entrepreneurs de constructions, ne sont pas à prix fait. Ainsi un entrepreneur s'engagera à construire une maison, conformément aux plans et devis acceptés par un propriétaire, et en stipulant que celui-ci paiera toutes les dépenses et donnera en outre à l'entrepreneur une bonification de tant pour cent. Le prix fait ou forfait n'est donc qu'un accident du marché, et on a tort par conséquent de présenter la rubrique de notre section comme incomplète, parce qu'elle ne parle pas du prix fait. Nous aurions même préféré qu'elle ne fît pas mention des devis, et qu'elle portât tout simplement : *Des marchés*.

728. Le louage des entrepreneurs d'ouvrage (*locatio operis*) diffère de celui des gens de travail (*locatio operarum*), dont il a été question dans la section I. Les gens de travail louent seulement leurs services pour un certain temps ou pour une entreprise déterminée, et ont droit au salaire convenu, quel que soit le résultat de leur travail ; tandis que l'entrepreneur s'engage à confectionner un ouvrage déterminé, et stipule un prix proportionné à la valeur de cet ouvrage, quelle que soit la somme de travail qu'il faudra y consacrer.

La question de savoir si celui qui fait un travail l'accomplit comme ouvrier ou comme entrepreneur, présente principalement de l'importance sous les deux points de vue suivants : 1° Celui qui agit comme entrepreneur n'a le droit de réclamer son salaire que lorsque l'ouvrage ou une portion de l'ouvrage a été vérifiée et agréée, ou lorsque le maître est en demeure de faire cette vérification, de sorte que, si la chose confectionnée périt, l'entrepreneur perd son salaire et aussi la matière qu'il aurait fournie (art. 1788 et s.). Nous reviendrons sur ce point. Au contraire, celui qui travaille comme ouvrier ne supporte jamais les risques : il est payé pour son travail, sans avoir à se préoccuper des événements qui pourront en faire disparaître l'utilité ; — 2° L'action des ouvriers et gens de travail pour le paiement de leurs journées, fournitures et salaires se prescrit par six mois, tandis que l'action des entrepreneurs ne se prescrit que par trente ans (arg. art. 2262).

Cela posé, comment distinguera-t-on en fait l'entrepreneur du simple ouvrier ? Est-ce une question de profession ? Nullement. Tout dépend des termes du marché qui règle les conditions du travail ; le plus humble ouvrier peut devenir entrepreneur quand il travaille *à l'entreprise*. On en trouve la preuve dans l'art. 1799 : « *Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des*

» *marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans a présente section :* » *ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent* ».

729. La *locatio operis* peut présenter deux variantes, suivant que la matière est fournie par le maître ou par l'entrepreneur : « *Lorsqu'on* » *charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira* » *seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la* » *matière* », dit l'art. 1787.

730. Premier cas. *La matière est fournie par l'entrepreneur.* Ainsi je conviens avec un menuisier qu'il me confectionnera, moyennant une somme de..., avec du bois par lui fourni, une table, dont nous arrêtons la forme et les dimensions. Cette convention constitue une vente bien plutôt qu'un louage. C'est une vente d'une chose *une fois faite,* comme le disait une disposition du projet, qui n'a été supprimée que comme inutile et dont il reste d'ailleurs encore des traces dans l'art. 1711, où il est dit : « Les devis, marché ou prix fait, pour l'en- » treprise d'un ouvrage, moyennant un prix déterminé, sont aussi un » louage, *lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se* » *fait* » : ce qui donne bien à entendre que la convention n'est plus un louage, si la matière est fournie par l'entrepreneur. Aussi voyons-nous l'art. 1788 appliquer ici les principes de la vente : « *Si, dans le* » *cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr de quelque* » *manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier,* » *à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose* ».

La convention qui nous occupe, nous venons de le dire, est la vente d'une chose à faire, donc la vente d'une chose future, par conséquent une vente conditionnelle. La vente est faite sous la condition que la chose, qui sera présentée par l'ouvrier, sera bien confectionnée. Cette condition sera considérée comme remplie, lorsque la chose aura été vérifiée et agréée par le maître. A dater de ce moment, les risques seront pour son compte; jusque-là ils demeurent au compte de l'ouvrier.

Nous plaçons le point de départ du déplacement des risques, à compter du moment où la chose a été vérifiée et agréée par le maître, tandis que l'art. 1788 paraît avoir égard à la livraison. Ici comme ailleurs, *lex statuit de eo quod plerumque fit :* la plupart du temps, c'est au moment même de la tradition que la chose sera vérifiée et agréée par le maître, et le législateur a pu se trouver ainsi conduit à confondre la vérification avec la tradition.

Notre article a raison d'ajouter que les risques passent à la charge du maître avant la livraison, s'il est en demeure de recevoir la chose. C'est une application du principe que la condition est réputée accomplie, quand le débiteur obligé sous cette condition en a empêché l'accomplissement par son fait (art. 1178).

Lorsque la chose périt avant d'avoir été vérifiée et agréée, l'ouvrier perd, non seulement sa matière, mais encore le prix de son travail. Ces principes ne cesseraient pas de s'appliquer, si le maître avait choisi chez l'ouvrier la matière avec laquelle celui-ci a travaillé; la loi ne distingue pas.

731. Deuxième cas. *La matière a été fournie par le maître.* Alors le contrat est un pur louage. Les règles à appliquer au point de vue des risques sont contenus dans les art. 1789 et 1790, ainsi conçus :

Art. 1789. *Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute.*

Art. 1790. *Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.*

La loi prévoit trois hypothèses : perte par la faute de l'ouvrier, perte par cas fortuit, perte par le vice de la chose.

a. — La chose périt par la faute de l'ouvrier. Celui-ci en doit la valeur au maître, et peut même être condamné en outre à des dommages et intérêts.

b. — La chose périt par cas fortuit. A quelque époque que la perte survienne, le maître perd la matière qu'il avait confiée à l'ouvrier. *Debitor certæ speciei ejus interitu liberatur.*

Conformément au droit commun, l'ouvrier doit prouver le cas fortuit qu'il invoque à l'appui de sa libération, sauf ensuite au maître à démontrer que le cas fortuit a été occasionné par une faute de l'ouvrier, auquel cas celui-ci doit être déclaré responsable de la perte. Cpr. Cass., 19 mai 1886, Sir., 86. 1. 264.

L'ouvrier peut-il réclamer le prix du travail, qu'il avait accompli au moment où la perte est survenue? Oui, si l'accident s'est produit après que le maître a *reçu* c'est-à-dire vérifié et accepté l'ouvrage, ou après qu'il a été mis en demeure de le vérifier. Non, si la perte est survenue auparavant. Décision rigoureuse, qui peut cependant s'expliquer par cette considération que l'ouvrier n'a droit à son salaire qu'autant que l'ouvrage est bien fait ; or la vérification de cette condition devient impossible, lorsque la chose est périe.

c. — La chose périt par son propre vice. Les auteurs citent à titre d'exemple le cas où une pierre se brise pendant le travail de l'ouvrier, parce qu'elle a une *veine.* Alors le maître perd sa matière ; mais l'ouvrier ne perd pas le prix de son travail ; il a le droit d'en exiger le paiement.

Et toutefois il faut excepter le cas où l'ouvrier serait en faute, ayant dû à raison de sa profession connaître le vice de la matière et n'en ayant pas informé le maître qui l'ignorait. Alors, non seulement il ne pourrait pas réclamer le prix de son travail, mais il serait même passible de dommages et intérêts.

On voit que l'ouvrier, soit qu'il fournisse la matière, soit qu'il ne la fournisse pas, n'est complètement à l'abri des cas fortuits qu'autant que l'ouvrage a été *reçu,* c'est-à-dire vérifié et agréé par le maître. L'ouvrier a donc intérêt à ce que la vérification soit faite le plus promptement possible. Aux termes de l'art. 1791 : « *S'il s'agit » d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par » parties : elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paie l'ou- » vrier en proportion de l'ouvrage fait.*

732. Celui qui s'est chargé d'un travail à l'entreprise répond du fait des ouvriers qu'il emploie pour son exécution. « *L'entrepreneur répond » du fait des personnes qu'il emploie* », dit l'art. 1797.

II. *Dispositions spéciales aux architectes et aux entrepreneurs de constructions.*

733. Nous trouvons dans notre section deux dispositions spéciales aux architectes et aux entrepreneurs de bâtiments : la première est contenue dans l'art. 1792, la seconde, dans l'art. 1793.

734. I. Aux termes de l'art. 1792 : « *Si l'édifice construit à prix fait,* » *périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le* » *vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant* » *dix ans* ». Disposition d'ordre public autant que d'intérêt privé ; car elle protège la vie de ceux qui habitent l'édifice et celle des passants que sa ruine pourrait ensevelir.

D'après les règles du droit commun, que nous avons exposées il y a un instant, la responsabilité de l'entrepreneur cesse à dater du moment où l'ouvrage qu'il a exécuté a été *reçu,* c'est-à-dire vérifié et accepté par le maître. Celui-ci ne peut donc plus désormais élever aucune réclamation à raison des malfaçons qui se révèleraient après un certain temps d'usage ; la loi suppose qu'avec un examen plus attentif le maître, ou celui qu'il a chargé de la vérification, aurait pu en découvrir l'existence. Cette règle reçoit exception relativement à l'architecte et aux entrepreneurs de constructions : notre article les déclare responsables pendant un délai de dix ans de la ruine totale ou partielle de l'édifice qu'ils ont élevé, lorsqu'elle résulte d'un *vice de la construction* ou même d'un *vice du sol.* Le motif de cette dérogation a été indiqué au conseil d'Etat. Lorsqu'un édifice vient d'être achevé, il a ordinairement toutes les apparences de la solidité ; certains vices, qui plus tard en entraîneront la ruine, peuvent ne pas être visibles pour l'œil le plus exercé ; l'épreuve du temps était ici le complément nécessaire de la vérification. Voilà pourquoi la loi prolonge la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur pendant dix ans.

Le point de départ de ce délai doit être fixé à la date de la réception des travaux. Paris, 12 mai 1874, Sir., 76. 2. 240. Voyez aussi Bourges, 14 mai 1884, et Paris, 21 janvier 1882, Sir., 84. 2. 159.

735. Il y a un autre texte relatif à la responsabilité de l'architecte : c'est l'art. 2270, ainsi conçu : « *Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés* » *de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés* ». Sa combinaison avec l'art. 1792, donne lieu à de sérieuses difficultés.

D'après l'opinion générale, l'art. 2270 est venu compléter l'art. 1792, dont les termes étaient trop peu compréhensifs. L'art. 1792 parle de la construction d'un *édifice* et suppose que cette construction a été entreprise *à prix fait.* Le principe d'interprétation restrictive, applicable à tous les textes qui dérogent au droit commun, n'aurait guère permis d'étendre sa disposition aux constructions autres que celles d'un édifice, par exemple à la construction d'une digue, d'une chaussée, d'un pont..., ni à la construction d'un édifice, entreprise autrement qu'à prix fait. Ces restrictions n'auraient eu à vrai dire aucune raison d'être, et c'est grâce à l'art. 2270 que l'interprète n'est pas condamné à les admettre. Ce texte est en effet conçu dans des termes beaucoup plus larges que l'art. 1792 ; il parle de *gros ouvrages,* expression qui dans sa généralité comprend toutes les constructions, quelles qu'elles soient et de quelque manière qu'elles aient été entreprises, à prix fait ou autrement. V. cependant Cass., 24 novembre 1875, Sir., 77. 1. 311. D'un autre côté, l'art. 2270 précise dans sa partie finale un point, sur lequel le texte de l'art. 1792 pouvait laisser quelque doute, en assimilant, quant à la responsabilité, l'architecte qui a dirigé les constructions à celui qui les a faites.

736. Cette première difficulté résolue, il reste encore bien des obscurités sur la portée de nos deux articles. Un point cependant est certain : si aucun vice de construction ne s'est révélé dans les dix ans, l'architecte ne peut pas être recherché à raison des vices qui se manifesteraient plus tard.

Mais supposons qu'un sinistre soit survenu dans les dix ans et qu'il soit dû à l'une des causes indiquées par l'art. 1792 : par exemple, la neuvième année, l'édifice s'est écroulé par le vice du sol. Pendant combien de temps l'architecte pourra-t-il être recherché par le propriétaire ? Nous croyons que ce point est resté en dehors des prévisions soit de l'art. 1792, soit de l'art. 2270. L'art. 1792 parle de *responsabilité,* l'art. 2270 de *garantie,* et le second comme le premier nous semble signifier que l'architecte cesse d'être responsab e, d'être garant après les dix ans. L'action en responsabilité ne peut plus naître désormais contre lui, parce qu'il a cessé d'être responsable ; il ne l'était que pendant dix ans. Autre est la question de savoir pendant combien de temps l'action en responsabilité ou en dommages et intérêts, une fois née par suite d'un sinistre survenu dans les dix ans, peut être intentée contre l'architecte. La loi, nous le répétons, ne s'est pas préoccupée de cette face de la question ; par conséquent c'est le droit commun qui doit être appliqué : l'action pourra donc être exercée pendant trente ans à dater du jour où elle est née (arg. art. 2262). C'est la solution qui triomphe dans la doctrine.

En résumé, les art. 1792 et 2270 fixent la durée de la responsabilité de l'architecte, mais non celle de l'action en responsabilité, qui demeure dès lors régie par le droit commun. Cpr. Cass., 5 août 1879, Sir., 79. 1. 405.

Deux autres opinions sont en présence. Suivant la première, qui paraît aujourd'hui l'emporter définitivement en jurisprudence, depuis l'arrêt solennel de la cour de cassation du 2 août 1882 (Sir., 83. 1. 5. *Adde* Bourges, 14 mai 1884, Sir., 84. 2. 159), l'action en responsabilité ne pourrait pas être exercée après l'expiration du délai de dix ans à dater de la réception des travaux, de sorte que le propriétaire pourrait n'avoir pas le temps nécessaire pour intenter son action, si le sinistre survient à la fin de la dixième année. On se fonde principalement, pour le décider ainsi, sur la tradition, qui est constante dans ce sens. Notre législateur n'a pas eu d'autre intention dit-on que de la consacrer. *Adde* arg. art. 3 et 5 de la loi du 20 mai 1838. D'après la seconde opinion, l'action du propriétaire pourrait être intentée pendant dix ans à dater du jour où elle est née. On considère l'art. 1792 comme réglant la durée de la responsabilité de l'architecte, et l'art. 2270 comme déterminant la durée de l'action née par suite d'un sinistre survenu à une époque où l'architecte était encore responsable.

737. Autre question. En supposant que l'édifice périsse en tout ou en partie pendant le délai de dix ans, il est certain que l'architecte ne sera responsable que si la perte provient de l'une des causes indiquées par l'art. 1792, savoir : le vice du sol, ou le vice de la construction, auquel nous assimilerions volontiers le vice des matériaux. Mais le propriétaire, qui attaque l'architecte, devra-t-il prouver que l'édifice a péri par l'une de ces causes ? Nous le croyons. C'est là une condition indispensable au succès de la demande dirigée contre l'architecte, et la preuve en incombe par conséquent au demandeur (arg. art. 1315). — D'après une autre opinion, qui n'est pas restée sans écho dans la doctrine et dans la jurisprudence, le propriétaire n'aurait rien autre à prouver que la perte de l'édifice, et l'architecte en serait responsable, à moins qu'il ne prouvât que cette perte résulte d'une cause qui ne lui est pas imputable. On dit que l'architecte est présumé en faute, lorsque l'édifice périt dans les dix ans. Mais où donc est écrite cette présomption légale ? A notre avis, la loi n'admet ici qu'une seule présomption : c'est que l'architecte connaît son métier, et qu'il est considéré comme étant en faute lorsqu'il est prouvé que l'édifice a péri par un vice du sol ou par le vice de la construction ; l'architecte aurait dû

découvrir le premier et ne pas se rendre l'auteur du second. C'est déjà bien assez rigoureux, on ne saurait aller au delà.

* **738.** Les art. 1792 et 2270 dérogent au droit commun. Concluons-en :

1° Que les architectes et entrepreneurs ne seraient pas responsables pendant dix ans, à raison des travaux qui ne peuvent rentrer sous la dénomination de *gros ouvrages* (arg. art. 2270);

2° Que nos deux articles ne sont pas applicables aux ouvriers qui travaillent à la tâche ou *tâcherons*.

* **739.** Souvent il arrive que des travaux de construction sont exécutés par un entrepreneur d'après des plans fournis par un architecte. En pareil cas, la responsabilité édictée par les art. 1792 et 2270 se partage entre l'architecte et l'entrepreneur : l'architecte est responsable des dommages résultant des vices du plan, et l'entrepreneur de ceux qui ont été occasionnés par l'exécution défectueuse des travaux.

740. II. « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la* » *construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu* » *avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation* » *de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou* » *des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits* » *sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autori-* » *sés par écrit et le prix convenu avec le propriétaire* » (art. 1793).

La première partie de ce texte, qui ne permet pas à l'architecte ou à l'entrepreneur, lié par un marché à forfait, de demander une augmentation de prix sous prétexte d'élévation du prix de la main-d'œuvre ou des matériaux, n'avait pas besoin d'être consacrée par un texte spécial de loi. Il n'en est pas de même de la seconde, qui refuse à l'architecte ou à l'entrepreneur toute augmentation de prix sous prétexte « de changements ou d'augmentations faits sur le plan, si ces changements ou » augmentations n'ont pas été autorisés par écrit et le prix convenu avec le proprié- » taire ». Cette dernière disposition a eu pour but de protéger les propriétaires, qui traitent à forfait pour la construction d'un édifice, contre une supercherie dont ils étaient fréquemment victimes. L'architecte, après avoir commencé ses travaux, se trouvait aux prises avec des difficultés imprévues qui nécessitaient de fortes dépenses : par exemple la nature du sol l'obligeait, contrairement à ses prévisions, à enfouir des sommes considérables dans les fondations. Menacé de perdre tout son bénéfice, peut-être même de subir une perte, l'architecte proposait alors au propriétaire, sous un prétexte ou sous un autre, une modification dans le plan; puis, quand cette modification avait été acceptée, il soutenait que le marché *à forfait* était annulé, et le propriétaire se trouvait engagé dans des dépenses dépassant de beaucoup ses prévisions. L'art. 1793 *in fine* garantit le propriétaire dans la mesure du possible contre les surprises de ce genre, en décidant que son consentement aux changements ou augmentations ne le liera qu'autant qu'il aura été donné par écrit et que le prix aura été convenu. Nous croyons que le prix doit être convenu *par écrit,* tout en reconnaissant que le texte de la loi laisse subsister quelque doute sur ce point. On voit que les architectes et les entrepreneurs sont les vrais auteurs de l'art. 1793 *in fine*.

III. *Comment prend fin le louage d'ouvrage par suite de marchés.*

741. 1° « *Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur* » (art. 1795). Car c'est

son aptitude personnelle qui a déterminé le contrat, et cette aptitude n'est pas héréditairement transmissible.

L'art. 1796 ajoute : « *Mais le propriétaire est tenu de payer en propor-* » *tion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des* » *ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces* » *travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles* ». Autrement le maître s'enrichirait au détriment de la succession de l'entrepreneur ou de l'architecte, ce que l'équité ne permet pas.

2° *Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait,* » *quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur* » *de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu* » *gagner dans cette entreprise* » (art. 1794). C'est une exception au principe que les conventions ne peuvent être révoquées que d'un commun accord ; mais l'exception est facile à justifier, puisque celui, contre la volonté duquel la résiliation a lieu, non seulement est indemnisé de toute la perte que lui cause l'inexécution du contrat, mais obtient en outre tout le bénéfice que lui aurait procuré l'exécution.

IV. *Disposition particulière.*

742. Art. 1798. *Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée.*

Si cet article a voulu dire que les ouvriers employés par l'entrepreneur, et par suite créanciers de celui-ci pour le montant de leurs salaires, peuvent agir *du chef de l'entrepreneur* contre le maître, dans la mesure de ce que ce dernier doit au premier, il n'a fait que consacrer une application pure et simple du principe général formulé par l'art. 1166, et sa disposition est inutile. Aussi admet-on généralement que notre disposition accorde aux ouvriers employés par l'entrepreneur une action *directe* contre le maître, dans la mesure de ce que celui-ci doit à l'entrepreneur. C'est une dérogation aux principes ; car les ouvriers ne sont pas créanciers du maître, avec lequel ils n'ont pas traité, et ils ne devraient pas par suite pouvoir agir directement contre lui.

En supposant que tel soit le sens de l'art. 1798, ce qui nous paraît très douteux, quel est le but de sa disposition ? Lorsque les ouvriers employés par l'entrepreneur songent à agir contre le maître, l'entrepreneur est presque toujours en faillite ou en déconfiture. En pareil cas, si les ouvriers en avaient été réduits à l'action indirecte de l'art. 1166, le profit de cette action ne leur aurait pas appartenu exclusivement ; ils auraient dû subir le concours des autres créanciers de l'entrepreneur, et n'auraient ainsi obtenu le plus souvent qu'un faible dividende : ce qui eût été injuste, puisque la créance de l'entrepreneur contre le maître n'est que la contre-valeur du travail des ouvriers. Voilà pourquoi, dit-on, la loi a accordé aux ouvriers une action directe.

* Cette théorie peut conduire à des difficultés qui paraissent insolubles, si l'on suppose qu'au même instant les ouvriers exercent contre le maître l'action directe

de l'art. 1798, et d'autres créanciers de l'entrepreneur l'action indirecte de l'art. 1166. Le maître ne peut pas être obligé de payer deux fois ; c'est bien évident. Mais alors comment se règleront les droits respectifs des intéressés ? Si la loi voulait venir ici au secours des ouvriers, il n'y avait à notre avis qu'un moyen à employer : c'était de leur accorder un privilège sur la créance de l'entrepreneur contre le maître.

L'action de l'art. 1798 n'appartient pas au sous-entrepreneur, qui, dans un but de spéculation, s'est chargé d'exécuter pour un prix fixe une partie des travaux à faire (Lyon, 18 décembre 1878, Sir., 81. 2. 59).

CHAPITRE IV

DU BAIL A CHEPTEL

SECTION PREMIÈRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

743. Etymologie. — « Le terme *cheptel,* disent MM. Aubry et Rau, dérive de *capitale, captale, catallum,* qui, dans la basse latinité du moyen-âge, désignaient toutes sortes de biens meubles, et spécialement le gros et le menu bétail ». C'est l'opinion commune.

744. Définition. — « *Le bail à cheptel est un contrat par lequel » l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le » nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles* » (art. 1800).

Le bail à cheptel est donc le bail d'un *fonds de bétail,* expression qui désigne une collection d'animaux constituant l'*universalité* connue sous le nom de *troupeau.* Le bail, portant sur quelques animaux isolés, ne constituerait pas à proprement parler un cheptel (art. 1802).

Le mot *cheptel* est pris pour désigner, tantôt le bail ayant pour objet des animaux (v. notamment art. 1815 et 1818), tantôt les animaux eux-mêmes objet du bail (art. 1805 et 1806).

« *On peut donner à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de » croît ou de profit pour l'agriculture ou le commerce* » (art. 1802).

745. Diverses espèces de cheptel. — « *Il y a plusieurs sortes de » cheptels : — Le cheptel simple ou ordinaire, — Le cheptel à moitié, — » Le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire. — Il y a encore une » quatrième espèce de contrat improprement appelé* cheptel » (art. 1801).

« *A défaut de conventions particulières, ces contrats se règlent par les » principes qui suivent* » (art. 1803).

SECTION II

DU CHEPTEL SIMPLE

746. Définition. — « *Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel » on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à con-*

» *dition que le preneur profitera de la moitié du croît, et qu'il supportera* » *aussi la moitié de la perte* » (art. 1804).

Ce texte indique d'une manière incomplète les droits du cheptelier, en disant qu'il profitera de la moitié du croît. Il a droit en outre : 1° à la moitié de la laine, et, pour qu'il ne fasse pas sa part trop belle, l'art. 1814 dispose que « *Le preneur ne pourra tondre sans en prévenir* » *le bailleur* »; 2° à la moitié de la plus-value que le fonds de bétail se trouve avoir acquise à la fin du bail. De plus il profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux (art. 1811 al. 6 et 7).

747. La propriété du cheptel reste au bailleur; le preneur ne peut donc sans son consentement disposer d'aucune bête du troupeau. Le bailleur de son côté ne peut, par une aliénation faite sans le consentement du preneur, priver celui-ci en tout ou en partie du droit de jouissance qu'il lui a promis sur le troupeau. Quant au croît, il devient commun entre le bailleur et le preneur, et par conséquent l'un ne peut en disposer sans le consentement de l'autre. Nous venons d'analyser l'art. 1812, ainsi conçu : « *Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du* » *troupeau, soit du fonds, soit du croît, sans le consentement du bailleur,* » *qui ne peut lui-même en disposer sans le consentement du preneur* ».

* Remarquons : 1° que ce texte ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 2279 au profit du tiers, qui, ayant acquis de bonne foi soit du bailleur, soit du preneur une ou plusieurs têtes ou même la totalité du troupeau, se trouverait actuellement en possession, sauf peut-être l'obligation pour ce tiers, s'il tient ses droits du bailleur, de respecter le bail (arg. art. 1743); 2° que les créanciers du bailleur ne peuvent saisir et faire vendre le cheptel qu'à la charge par l'adjudicataire d'entretenir le bail; 3° que, si l'une des parties, sans motifs légitimes, refuse de consentir à la vente d'un ou de plusieurs animaux faisant partie soit du fonds de bétail, soit du croît, l'autre peut obtenir de la justice l'autorisation de faire procéder à la vente; sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

748. Le bailleur demeure propriétaire du cheptel, même lorsqu'il a été estimé au commencement du bail; l'estimation n'emporte pas vente au profit du cheptelier. Alors à quoi sert-elle? L'art. 1805 va nous le dire : « *L'estimation donnée au cheptel dans le bail n'en trans-* » *porte pas la propriété au preneur; elle n'a d'autre objet que de fixer* » *la perte ou le profit qui pourra se trouver à l'expiration du bail* ». Cette disposition est complétée par celle de l'art. 1817, qui s'exprime ainsi : « *A la fin du bail, ou lors de sa résolution, il se fait une nouvelle esti-* » *mation du cheptel. — Le bailleur peut prélever des bêtes de chaque* » *espèce jusqu'à concurrence de la première estimation : l'excédant se* » *partage. — S'il n'existe pas assez de bêtes pour remplir la première* » *estimation, le bailleur prend ce qui reste, et les parties se font raison* » *de la perte* ».

La double estimation dont parlent ces deux articles, permet d'évaluer à la fin du bail le bénéfice ou la perte dont le partage doit s'effec-

tuer entre le bailleur et le preneur. Exemple : l'estimation faite au commencement du bail a fixé la valeur du fonds de bétail à la somme de 1,000 fr.; il ne vaut plus que 800 fr. d'après l'estimation faite à la fin du bail; il y a donc 200 fr. de perte. Le bailleur prendra le fonds de bétail tout entier, et le cheptelier lui devra 100 fr. représentant sa moitié dans la perte. Si au contraire, dans notre espèce, l'estimation faite à la fin du bail porte le prix du cheptel à 1,200 fr., il y a 200 fr. de bénéfice ; le bailleur prélèvera des animaux de chaque espèce jusqu'à concurrence d'une valeur de 1,000 fr., somme égale au montant de la première estimation, et le surplus, représentant une valeur de 200 fr., se partagera par moitié entre le bailleur et le preneur.

749. Obligations du preneur. — Ceux qui ne sont pas familiarisés avec le langage juridique seraient tentés de sourire, à la lecture de l'art. 1806, aux termes duquel : « *Le preneur doit les soins d'un bon* » *père de famille à la conservatiou du cheptel* ». Le preneur répond donc de sa faute (*culpa levis in abstracto*). Mais il ne répond pas des cas fortuits, à l'exception cependant de ceux auxquels le cheptel s'est trouvé soumis par sa faute, comme s'il a imprudemment exposé les animaux à une inondation facile à prévoir et dans laquelle ils ont péri. C'est ce que dit l'art. 1807 : « *Il* [le preneur] *n'est tenu du cas fortuit* » *que lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la* » *perte ne serait pas arrivée* ».

« *En cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit,* » *et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur* » (art. 1808). C'est le droit commun.

L'art. 1809 ajoute : « *Le preneur qui est déchargé par le cas fortuit,* » *est toujours tenu de rendre compte des peaux des bêtes* ».

= *De rendre compte.* Ce qui ne signifie pas que le cheptelier devra nécessairement représenter les peaux ou en payer la valeur. Ainsi le preneur aura satisfait à l'obligation, que la loi lui impose, de rendre compte des peaux, s'il justifie qu'il a été obligé de les enfouir en exécution d'un règlement de police.

Si le preneur ne répond pas des cas fortuits qui font périr le cheptel en tout ou en partie, il en subit quelquefois les conséquences comme le maître lui-même, en ce sens qu'il supporte la moitié de la perte qui en résulte. La loi distingue à cet égard si la perte est totale ou partielle : « *Si le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte en est* » *pour le bailleur. — S'il n'en périt qu'une partie, la perte est suppor-* » *tée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire, et celui de* » *l'estimation à l'expiration du cheptel* » (art. 1810).

D'après Pothier, le preneur supportait pour moitié la perte totale comme la perte partielle. C'était logique. Notre législateur a maintenu la solution de Pothier pour le cas de perte partielle, et l'a répudiée pour le cas de perte totale. Cette innovation peut avoir pour résultat de mettre le preneur entre son devoir et son intérêt, et dans

ce conflit il est à craindre que le devoir ne soit sacrifié; en effet, pour se dispenser de contribuer à une perte partielle du cheptel, qu'il ne peut conjurer, le cheptelier sera intéressé à en provoquer la perte totale. En d'autres termes, le cheptelier, qui se voit dans l'impossibilité de sauver le troupeau tout entier de la perte dont il est menacé, sera tenté de ne faire aucun effort pour en sauver une partie, puisque, pour prix de sa peine, il aurait à supporter sa part dans la perte des animaux qu'il a été impossible de sauver; tandis que, s'il laisse périr le cheptel tout entier, il sera déchargé de toute contribution à la perte. On a même vu des chepteliers faire périr volontairement les animaux épargnés, et transformer ainsi une perte partielle en une perte totale, pour jouir de l'immunité accordée au cas de perte totale. Il eût été préférable, à notre avis, de ne faire contribuer le cheptelier ni à la perte totale ni à la perte partielle; cette solution découlait tout naturellement du principe que le bailleur demeure propriétaire du cheptel et de la règle *Debitor rei certæ rei interitu liberatur.* Il est vrai que le preneur se serait trouvé ainsi associé pour le profit sans l'être pour la perte; mais cette faveur n'aurait pas fait disparate dans le système admis par notre législateur, qui se montre sympathique aux chepteliers, parce qu'ils sont ordinairement fort pauvres. D'ailleurs, la situation que l'on aurait ainsi faite aux chepteliers, n'aurait pas été en opposition avec les principes essentiels du contrat de société, l'art. 1855 al. 2 prohibant seulement « la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets *mis dans le fonds de la société* par un ou plusieurs des associés ». Or dans le cheptel simple le preneur ne met aucune somme ou effet dans le fonds de la société, puisque le fonds de bétail tout entier appartient au bailleur; il n'apporte que son industrie, et il en perd le profit en tout ou en partie lorsque le cheptel périt. Il ne demeure donc pas complètement étranger à la perte; il y contribue dans la mesure de son apport.

750. Stipulations prohibées dans le bail à cheptel simple. — « *On ne peut stipuler, — Que le preneur supportera la perte totale du* » *cheptel, quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute, — Ou qu'il* » *supportera, dans la perte, une part plus grande que dans le profit, — Ou* » *que le bailleur prélèvera, à la fin du bail, quelque chose de plus que* » *le cheptel qu'il a fourni. — Toute convention semblable est nulle. — Le* » *preneur profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux* » *donnés à cheptel. — La laine et le croît se partagent* » (art. 1811).

A raison de la place même qu'ils occupent, les mots qui forment l'alinéa 5 : *Toute convention semblable est nulle,* ne se réfèrent qu'aux prohibitions contenues dans les alinéas qui précèdent, et non aux dispositions des alinéas qui suivent. En d'autres termes, l'alinéa 5 de notre article ne prohibe que les conventions contraires aux dispositions contenues dans les alinéas 2, 3 et 4, et non celles contraires aux dispositions des alinéas 6 et 7. D'ailleurs, si le législateur avait voulu viser ces deux derniers alinéas, outre qu'il aurait rejeté la phrase qui forme l'alinéa 5 à la fin de l'article, il aurait dit : « *Toute convention* CONTRAIRE *est nulle* », et non : « *Toute convention* SEMBLABLE... ». On pourrait donc valablement convenir, soit que le bailleur aura sa part des menus profits (laitage, fumier et travail des animaux), soit qu'il aura droit à plus de la moitié de la laine. L'argument, qu'on a tiré en faveur de la solution contraire des art. 1819 et 1820, est loin d'être péremptoire, à notre avis.

751. Comment le cheptel simple prend fin. — Ce contrat prend fin :

1° Par l'expiration du temps fixé par la convention.

2° Au bout de trois ans, si les parties ne se sont pas expliquées sur sa durée. La loi fixe ce délai par interprétation de leur volonté commune; c'est ce qui ressort de l'art. 1815 : « *S'il n'y a pas de temps* » *fixé par la convention pour la durée du cheptel, il est censé fait pour* » *trois ans* ».

Le bail prend fin *de plein droit* à l'expiration du temps fixé par les parties, ou, à défaut d'indication, au bout de trois ans. Si le preneur reste et est laissé en jouissance, il s'opère une tacite réconduction pour un délai de trois années.

3° Par la résolution du contrat, prononcée sur la demande de l'une des parties pour inexécution des obligations que le contrat lui impose. Arg. art. 1184. Presque toujours dans la pratique c'est le preneur qui subira les effets de la condition résolutoire tacite, et cela explique que le législateur ne se soit préoccupé que de cette hypothèse dans l'art. 1816, ainsi conçu : « *Le bailleur peut en demander plus tôt la résolution,* » *si le preneur ne remplit pas ses obligations* ».

752. Disposition particulière. « *Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient; sans quoi il peut le saisir et le faire vendre pour ce que son fermier lui doit* (art. 1813).

On verra sous l'art. 2102 que le bailleur d'un fonds rural a privilège sur tout ce qui garnit la ferme pour le paiement des fermages. Parmi les objets garnissant la ferme, figurent les bestiaux qui y ont été introduits par le fermier, non seulement ceux qui lui appartiennent, mais aussi ceux qui lui ont été donnés à cheptel par un tiers. Le bailleur de la ferme est donc autorisé à considérer ces derniers aussi bien que les premiers comme compris dans son droit de gage, à moins que le propriétaire des animaux ne lui ait adressé la notification dont parle notre article.

SECTION III

DU CHEPTEL A MOITIÉ

753. « *Le cheptel à moitié est une société dans laquelle chacun des* » *contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs* » *pour le profit ou pour la perte* » (art. 1818). La perte totale elle-même est ici supportée en commun par les deux parties. Nous savons qu'il en est autrement dans le cheptel simple (*supra* n. 749).

Ce n'est pas la seule différence qui existe entre le cheptel simple et le cheptel à moitié; l'art. 1819 nous en révèle une autre.

Art. 1819. *Le preneur profite seul, comme dans le cheptel simple, des laitages, du fumier et des travaux des bêtes. — Le bailleur n'a droit qu'à la moitié des laines et du croît. — Toute convention contraire est nulle, à moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie dont le preneur est fermier ou colon partiaire.*

Précisons bien la différence qui résulte de ce texte.

Dans le cheptel simple, le bailleur apporte le fonds de bétail en totalité; le preneur fournit seulement, outre son industrie, le logement et la nourriture des animaux. Or il se peut que l'un de ces apports contre-balance exactement l'autre, et même que

l'apport fait par le bailleur représente une valeur supérieure à celui que fait le preneur. La convention, qui donne au bailleur une moitié de tous les profits, grands et petits, et même une part supérieure à la moitié, peut donc n'être pas *léonine;* elle peut respecter, en fait, le principe de la proportionnalité des bénéfices aux mises, qui est fondamental en matière de société.

Au contraire, dans le cheptel à moitié, le cheptelier, le preneur, comme la loi l'appelle, fait un apport en bestiaux égal à celui du bailleur, et il fournit de plus que celui-ci son industrie et le logement ainsi que la nourriture des animaux. Son apport étant plus considérable, sa part dans les profits doit être plus forte, et voilà pourquoi la loi proscrit la convention qui lui donnerait une part inférieure à la moitié de la laine et du croît, comme aussi celle qui lui enlèverait une partie des petits profits.

Et toutefois la loi autorise exceptionnellement l'une ou l'autre de ces clauses, lorsque le cheptel à moitié intervient entre un propriétaire et son fermier ou son colon partiaire. La raison en est transparente : le fermier ou le colon partiaire peut trouver dans les avantages, que lui assure le bail de la métairie, la compensation du préjudice qu'il souffre dans le bail à cheptel qui n'en est qu'un accessoire. Sans compter que le bailleur fournit ici le logement des bestiaux, et qu'en outre il fournit la moitié de leur nourriture au cas particulier où il traite avec un colon partiaire.

A part ces deux différences, le cheptel à moitié est régi par les mêmes règles que le cheptel simple.

Art. 1820. *Toutes les autres règles du cheptel simple s'appliquent au cheptel à moitié.*

SECTION IV

DU CHEPTEL DONNÉ PAR LE PROPRIÉTAIRE A SON FERMIER OU COLON PARTIAIRE

§ I. *Du cheptel donné au fermier.*

754. « *Ce cheptel* (*aussi appelé* cheptel de fer) *est celui par lequel le* » *propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expi-* » *ration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au* » *prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus* » (art. 1821). Il y a donc ici deux baux confondus en un seul : le bail de la métairie et le bail des animaux destinés à son exploitation. Les bestiaux qui font l'objet de ce bail accessoire sont *attachés* au fonds, dit l'art. 522, et c'est probablement pour désigner la solidité de ce lien invisible qu'on désigne soit les animaux eux-mêmes, soit le bail dont ils sont l'objet sous le nom de *cheptel de fer.* — On sait que le cheptel de fer est immeuble par destination (v. art. 522, et t. I, n. 1223).

Aux termes de l'art. 1822 : « *L'estimation du cheptel donné au fermier* » *ne lui en transfère pas la propriété, mais néanmoins le met à ses ris-* » *ques* ». Cette disposition est complétée par celle de l'art. 1825 : « *La* » *perte, même totale et par cas fortuit, est en entier pour le fermier,* » *s'il n'y a convention contraire* ». Ordinairement les risques sont pour

le propriétaire, *res perit domino*. Mais cette règle n'est pas absolue; elle reçoit ici exception en vertu d'une convention présumée des parties : le bailleur demeure propriétaire des bestiaux, et cependant c'est le preneur qui en supporte les risques. Si les parties ont une volonté contraire à celle que la loi leur suppose, il faut qu'elles l'expriment. Cpr. t. I, n. 1223.

« *A la fin du bail, le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant* » *l'estimation originaire; il doit en laisser un de valeur pareille à celui* » *qu'il a reçu. — S'il y a du déficit, il doit le payer; et c'est seulement* » *l'excédant qui lui appartient* » (art. 1826).

« *Tous les profits appartiennent au fermier pendant la durée de son* » *bail, s'il n'y a convention contraire* » (art. 1823).

« *Dans les cheptels donnés au fermier, le fumier n'est point dans les* » *profits personnels des preneurs, mais appartient à la métairie, à* » *l'exploitation de laquelle il doit être uniquement employé* » (art. 1824).

§ II. *Du cheptel donné au colon partiaire.*

755. Ce cheptel est un accessoire du bail à métairie, de même que le précédent (cheptel de fer) est un accessoire du bail à ferme.

Les produits du troupeau se partagent. C'est une différence avec le cheptel de fer, dans lequel ils appartiennent pour le tout au fermier. Il y a une autre différence. L'estimation du cheptel de fer le met aux risques du fermier, qui supporte même la perte totale; il en est autrement lorsque le cheptel est donné au colon partiaire. On lit en effet dans l'art. 1827 : « *Si le cheptel périt en entier sans la faute du colon,* » *la perte est pour le bailleur* ». Le colon supporte seulement la perte partielle (arg. art. 1810 et 1830).

On le voit, la loi, en ce qui concerne les risques, assimile le cheptel donné au colon partiaire au cheptel simple. Ce n'est qu'une application particulière de la règle générale qu'elle établit dans le dernier article de la section : « *Il* [ce cheptel] *est d'ailleurs soumis à toutes les règles* » *du cheptel simple* » (art. 1830).

On peut cependant signaler quelques différences entre ces deux cheptels :

1° Le cheptel simple est censé fait pour trois ans, quand les parties n'en ont pas fixé la durée par une convention expresse (art. 1815); au contraire, le cheptel donné au colon partiaire « *finit avec le bail à métairie* » dont il est un accessoire (art. 1829).

2° Aux termes de l'art. 1828 : « *On peut stipuler que le colon délaissera au bail-* » *leur sa part de la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire; — Que le* » *bailleur aura une plus grande part du profit; — Qu'il aura la moitié des laita-* » *ges; — Mais on ne peut pas stipuler que le colon sera tenu de toute la perte* ». La loi autorise donc, dans le cheptel donné au colon partiaire, certaines clauses, défavorables au preneur, qui seraient peut-être proscrites dans le cheptel simple (cpr. art. 1811). Cela peut paraître surprenant au premier abord. Mais il ne faut pas oublier que le cheptel qui nous occupe est un accessoire du bail à métairie, et que

le colon peut trouver dans les avantages que lui procure le bail principal la compensation des clauses onéreuses du bail à cheptel.

SECTION V

DU CONTRAT IMPROPREMENT APPELÉ CHEPTEL

756. « *Lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger et* » *les nourrir, le bailleur en conserve la propriété : il a seulement le pro-* » *fit des veaux qui en naissent* » (art. 1831). Cpr. *supra,* n. 744.

TITRE IX

Du contrat de société.

757. Les règles, qui régissent dans notre droit actuel le contrat de société, sont réparties dans deux codes différents : le code civil (art. 1832 à 1873) et le code de commerce, dont les dispositions, relatives à cette matière, ont été complétées sur certains points et modifiées sur d'autres par plusieurs lois postérieures. Le code civil contient les règles qui gouvernent les sociétés *civiles;* le code de commerce, les règles particulières aux sociétés *commerciales,* c'est-à-dire à celles qui ont pour but une ou plusieurs opérations de commerce (Rouen, 1er avril 1881, Sir., 82. 2. 153). Bien que les premières n'occupent qu'une place très restreinte dans le monde des affaires, les règles qui les régissent ont cependant une grande importance, parce qu'elles forment les assises de la législation commerciale. C'est ce qui résulte de l'art. 1873 du code civil et de l'art. 18 du code de commerce. On lit dans le premier : « *Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux socié-* » *tés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux* » *lois et usages du commerce* ». Et le second porte : « *Le contrat de* » *société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce,* » *et par les conventions des parties* ».

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

I. *Définition et caractères du contrat de société.*

758. « *La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs person-* » *nes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de* » *partager le bénéfice qui pourra en résulter* » (art. 1832).

L'art. 1833 ajoute : « *Toute société doit avoir un objet licite et être* » *contractée pour l'intérêt commun des parties. — Chaque associé doit y* » *apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie* ».

Les quatre conditions, que l'art. 1108 déclare essentielles pour la validité de toute convention (consentement, capacité, objet et cause licite), sont évidemment requises pour la validité du contrat de société. On ne sait trop pourquoi la loi mentionne ici l'une de ces conditions, celle relative à l'objet, sans parler des autres (art. 1833 al. 1).

Devrait être considérée comme ayant un objet illicite la société contractée pour faire la contrebande soit en France, soit en pays étranger, ou pour l'exploitation d'un office public, sauf l'exception établie par la loi du 2 juillet 1862 en ce qui concerne les charges d'agent de change, exception qui confirme la règle (v. art. 75 C. co.). La cour de cassation a également déclaré illicite l'association intervenue entre deux marchands de liquides pour frauder le Trésor ou une caisse municipale (Cass., 8 novembre 1880, Sir., 81. 1. 248).

La société dont l'objet est illicite est nulle et même inexistante ; elle ne peut donc engendrer aucun effet : le néant ne saurait rien produire. Il en résulte que chaque associé a le droit de répéter le montant de ses apports ; car ils se trouvent avoir été effectués sans cause. Quant aux bénéfices réalisés, on maintiendra les partages qui en auraient été faits entre les associés, aucun d'eux ne pouvant puiser dans la société, qui n'a pas d'existence légale, une action pour les attaquer. Mais que décider quant aux bénéfices non partagés qui se trouvent entre les mains de l'un des associés ? Les autres peuvent-ils en demander leur part ? La négative est généralement admise. Une société inexistante, dit-on, ne peut engendrer au profit des prétendus associés une action en partage. Les bénéfices resteront donc où ils sont, par application de la maxime *In pari turpitudine melior est causa possidentis*. Et toutefois, il y aurait beaucoup à dire au sujet de cette solution, devant laquelle la jurisprudence a fréquemment reculé à cause de sa rigueur et de son injustice ; elle aboutit en effet à ce résultat, difficile à admettre, que l'associé qui détient un profit illicite est mieux traité que celui qui détient un profit licite.

759. Indépendamment des conditions que le droit commun requiert pour la perfection de tous les contrats en général (art. 1108), le contrat de société renferme quatre éléments qui lui sont propres : 1° chaque associé doit avoir une mise ; 2° l'ensemble des mises doit constituer un fonds commun destiné à une exploitation en vue de bénéfices à réaliser ; 3° chaque associé doit être appelé à participer aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise ; 4° les parties doivent contracter en vue de s'associer, *affectione societatis*.

Etudions successivement ces diverses conditions.

1° Chacun des contractants doit s'engager à fournir une mise, c'est-à-dire à apporter, soit en propriété, soit en jouissance, quelque chose dans la société, *de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie,* dit l'art. 1833. Les mots *ou d'autres biens* sont on ne peut plus généraux, et comprennent par conséquent tous les biens, même incorporels. L'industrie est peut-être un instrument d'acquisition des biens plutôt qu'un bien à proprement parler, et c'est sans doute pour ce motif que la loi en fait une mention spéciale, après avoir parlé de tous les biens en général.

* Le crédit peut-il faire l'objet d'une mise sociale? A notre avis, il y a lieu de

distinguer. Nous répondons négativement en ce qui concerne le crédit *politique,* dont on ne peut trafiquer sans immoralité, affirmativement en ce qui concerne le crédit *commercial,* qui peut faire l'objet d'un contrat intéressé. D'ailleurs le crédit commercial, attaché au nom de l'un des associés, sera souvent pour la société un levier d'une extrême puissance, et on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas faire l'objet d'une mise, aussi bien que l'industrie. La question paraît ne pas faire de difficulté dans la pratique; il y a controverse entre les auteurs.

D'ailleurs il n'est nullement nécessaire que les mises soient de la même valeur. Il n'est pas nécessaire non plus qu'elles soient de la même nature : ainsi celui-ci peut apporter son industrie, tandis que celui-là apporte de l'argent et cet autre un immeuble. L'essentiel est que chacun apporte quelque chose. L'attribution d'une part dans les bénéfices de la société à un prétendu associé qui ne fournirait aucune mise, devrait être considérée comme une donation, soumise quant à sa validité aux conditions de forme prescrites par les art. 931 et s.

2° L'ensemble des mises doit constituer un fonds commun destiné à une exploitation en vue de bénéfices à réaliser. Argument des mots EN *résulter* de l'art. 1832.

De là il suit que les *assurances mutuelles* et les *tontines* ne sont pas des sociétés. Dans l'assurance mutuelle, les parties ne se proposent pas pour but de réaliser des bénéfices, mais seulement de se prémunir contre certaines pertes, par exemple contre les pertes résultant de l'incendie : chacun s'engage à contribuer pour sa part aux sinistres que les autres éprouveront. Cpr. Cass., 27 juillet 1880, Sir., 81. 1. 245.

Quant aux tontines, elles constituent un contrat aléatoire entre des capitalistes, qui fournissent chacun une mise, en convenant que les parts des prémourants profiteront aux survivants. Chacun des contractants se propose bien par conséquent de réaliser un bénéfice; mais ce bénéfice ne résulte pas de l'exploitation d'un fonds commun, et en tout cas il n'est pas partageable entre les contractants; de sorte que les tontines ne présentent ni le second ni le troisième caractère essentiels à l'existence de toute société.

3° Chaque associé doit être appelé à participer aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise.

Aux bénéfices. C'est par application de ce principe que l'art. 1855 al. 1, prohibe la convention qui attribuerait tous les bénéfices à un seul des associés.

Aux pertes. L'art. 1831 ne parle que de la participation aux bénéfices, parce qu'il définit la société en partant du point de vue auquel se placent les parties elles-mêmes lorsqu'elles contractent : elles s'associent pour faire un bénéfice; c'est là le but unique qu'elles poursuivent. Mais elles ne l'atteignent pas toujours; la liquidation de la société vient souvent renverser leurs espérances, en leur apprenant qu'il faut se résigner à une perte, l'ensemble des opérations sociales se soldant par un déficit : l'entreprise n'a pas réussi. Eh bien ! la perte doit alors se répartir entre tous les associés. Les parties peuvent sans doute convenir qu'elle se partagera inégalement; mais on ne pourrait pas

valablement stipuler qu'un des associés en sera totalement affranchi : chacun doit y contribuer, au moins jusqu'à concurrence de sa mise (art. 1855 al. 2).

Ne constitue pas une société le contrat, par lequel deux commerçants mettent en commun une certaine somme, pour former un capital dont chacun aura alternativement la jouissance exclusive pendant un temps déterminé. En effet le bénéfice, que chacun retire du capital pendant le temps qu'il en jouit, n'est pas partageable.

4° A ces trois conditions, que la loi exprime, il y a lieu d'en ajouter une quatrième qu'elle sous-entend : il faut que les parties aient contracté en vue de s'associer, *affectione societatis*. Si elles ont contracté dans un autre but, il n'y a plus société, mais un autre contrat.

Ainsi un commerçant prend un commis à son service et lui promet à titre de rémunération un cinquième des bénéfices que la maison réalisera tous les ans. Chacune des parties fournit une mise : celle du commis consiste dans son industrie. Le but commun des contractants est de réaliser des bénéfices, et ces bénéfices sont partageables. Chacune contribue aussi à la perte : pour le patron c'est bien évident, et quant au commis il risque au moins son temps et sa peine qu'il aura dépensés en pure perte si l'entreprise se solde par un déficit. Et cependant il n'y a pas société, parce que les parties n'ont pas eu l'intention de s'associer : l'*affectio societatis* fait défaut. Il y a bien un contrat, et un contrat valable ; mais c'est un louage de services, et non une société : le commis a promis ses services moyennant une rémunération aléatoire qui consiste dans une partie des bénéfices.

Ce n'est pas une affaire de mots. Le commis n'étant qu'un locateur de services, n'est pas tenu des dettes ; il ne peut pas empêcher par son opposition la réalisation des opérations que le patron veut accomplir ; enfin il peut être congédié. Sur ces trois points, et sur d'autres encore, sa situation serait différente, s'il était associé.

On voit que notre quatrième condition ne se confond pas avec le consentement que l'art. 1108 exige pour la perfection de tout contrat, quel qu'il soit ; autrement nous ne l'aurions pas présentée comme particulière au contrat de société. Dans l'espèce que nous venons de citer, il y a, outre l'apport commun et la participation aux bénéfices et aux pertes, le consentement exigé par l'art. 1108 ; mais le consentement spécial requis pour qu'il y ait société fait défaut, et voilà pourquoi le contrat ne constitue pas une société.

760. Les sociétés constituent-elles des personnes morales ou juridiques, c'est-à-dire des êtres de raison, ayant un patrimoine distinct de celui de chaque associé ?

La personnalité des sociétés commerciales ne fait guère de doute ; l'art. 529 du code civil la suppose nécessairement. Mais la question est gravement controversée pour les sociétés civiles ; la doctrine et la jurisprudence sont ici divisées en deux camps à peu près égaux.

Nous croyons que, dans notre droit actuel, comme dans notre ancien droit, dont il est naturel de supposer, jusqu'à preuve contraire, que le législateur de 1804 a consacré les traditions, les sociétés civiles ne forment pas en règle générale des personnes morales. En effet c'est un principe certain qu'une collection quelconque d'intérêts ou d'individus ne peut pas acquérir la personnalité civile sans l'intervention de la puissance publique, qui peut se manifester ici sous forme de loi ou de décret. Existe-t-il un texte de loi consacrant d'une manière certaine la personnalité des sociétés civiles ? Toute la question est là.

Nous ne parlerons que pour mémoire des art. 1860 et 1848 qui, dit-on, supposent la personnalité des sociétés civiles. On peut les expliquer sans le secours de cette supposition, et par conséquent ils laissent la question indécise.

On invoque encore, et surtout, en faveur de la même thèse, des textes nombreux de notre titre, notamment les art. 1845, 1846, 1848, 1849, 1851, 1852..., dans lesquels le législateur, opposant la *société* aux associés considérés individuellement, lui fait jouer le rôle de propriétaire, de créancière ou de débitrice, supposant bien ainsi qu'elle constitue une personne fictive distincte de celle des associés. — L'argument n'est pas décisif; car il se peut fort bien que, dans la pensée du législateur, le mot *société* ne désigne que les associés considérés au point de vue de leurs intérêts collectifs. En d'autres termes, chaque associé a deux catégories d'intérêts de nature très distincte : d'abord des intérêts qui lui sont communs avec ses coassociés, et puis des intérêts personnels qui lui appartiennent soit en vertu de sa qualité d'associé, soit à tout autre titre. Eh bien ! il est fort vraisemblable que, lorsque la loi parle de la *société,* elle n'emploie cette expression, à la suite de Pothier, que comme une formule abrégée pour désigner les associés envisagés exclusivement au point de vue de leurs intérêts collectifs, par opposition à ces mêmes associés envisagés au point de vue de leurs intérêts individuels. De sorte que le législateur aurait ainsi personnifié la société pour la commodité du langage (comme nous le ferons constamment dans le cours de notre étude sur cette matière), sans avoir pour cela l'intention de la personnifier au point de vue juridique.

Les textes que nous venons de passer en revue ne fournissent donc qu'une induction assez faible à l'appui de la personnalité des sociétés civiles. Ceux qu'on peut leur opposer fournissent au contraire une induction très forte en faveur de la thèse opposée. C'est d'abord l'art. 69-6° C. pr., qui dispose : « Seront assignés... 6° les » sociétés *de commerce,* tant qu'elles existent, en leur maison sociale... » Voilà une conséquence certaine de la personnalité civile, que la loi ne consacre qu'en ce qui concerne les sociétés de commerce; pourquoi ne l'aurait-elle pas consacrée en ce qui concerne les sociétés civiles, si ces dernières étaient aussi des personnes morales ? Citons encore les art. 1862 et 1863, desquels il résulte que les associés qui se sont obligés en cette qualité ne sont tenus que pour leur part. Le créancier est donc forcé de s'adresser à tous les associés pour obtenir satisfaction complète, et chaque associé peut le forcer à recevoir sa part dans la dette. Décision qui serait inexplicable, si la société civile était une personne morale ; car alors le créancier n'aurait qu'un seul débiteur, la société, et ne pourrait être forcé de recevoir un paiement partiel (arg. art. 1220 et 1244).

761. L'intérêt, qui s'attache à la question de savoir si les sociétés civiles sont des personnes morales, est considérable. Cet intérêt apparaît principalement sous les deux points de vue suivants.

1° Refusant à la société civile la personnalité juridique, nous devons décider que, pendant toute la durée de la société, les biens qui forment le fonds social appartiennent par indivis aux divers associés, et que par suite le partage, qui en sera effectué après la dissolution de la société, rétroagira au jour où l'indivision a pris naissance (arg. art. 883 et 1872). Chaque associé sera donc considéré comme ayant été seul propriétaire des biens mis dans son lot, à dater du jour où ils ont été acquis à la société, et comme n'ayant jamais eu la propriété des autres effets de la société attribués par le partage à ses consorts. Au contraire, si l'on reconnaît aux sociétés civiles la personnalité juridique, il faut décider que, pendant toute sa durée, la société est seule propriétaire des biens composant le fonds social. Chaque associé n'a donc, tant que la société dure, qu'un droit de créance contre la société pour obtenir, s'il y a lieu, sa part dans les bénéfices, par conséquent un droit mobilier, alors même que le fonds social comprendrait des immeubles. L'indivision ne commence entre les associés qu'au jour où la personne morale meurt, c'est-à-dire au jour de la dissolution de la société, et c'est seulement à cette époque que le partage rétroagit. Cpr. *supra,* n. n. 35 et 225.

2° Les sociétés civiles constituent-elles des personnes morales ? les créanciers de la société auront le droit de se faire payer sur les biens dépendant de la société, par préférence aux créanciers personnels des associés. Si ceux-ci élèvent la prétention de concourir avec eux, ils les écarteront en leur disant : « Vous n'êtes pas créanciers de la *société* qui est notre débitrice, et par conséquent vous ne pouvez pas concourir avec nous sur ses biens, car le concours ne s'établit qu'entre créanciers d'un même débiteur ». Au contraire, ce droit de préférence sera refusé aux créanciers sociaux, si l'on admet que la société civile n'est pas investie de la personnalité juridique ; car alors les biens de la société devront être considérés comme biens des associés qui en sont copropriétaires par indivis, et les créanciers sociaux comme des créanciers personnels des divers associés ; or les créanciers d'un même débiteur viennent tous par concurrence, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence (art. 2093).

II. *Preuve du contrat de société.*

762. En ce qui concerne la preuve, le contrat de société demeure soumis de tous points aux règles du droit commun. Par conséquent son existence ne peut, en principe, être prouvée par témoins qu'en matière n'excédant pas 150 fr. Si l'objet de la société dépasse ce chiffre, un écrit sera nécessaire ; et, si cet écrit est sous seing privé, il devra satisfaire aux exigences de l'art. 1325, c'est-à-dire qu'il devra être rédigé en autant d'originaux qu'il y a d'associés, et que chaque original devra contenir la mention de l'accomplissement de cette formalité. Cependant, même au-dessus de 150 fr., l'existence de la société pourra être prouvée par témoins, s'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347) ou si le titre a été perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (art. 1348). Dans tous les cas, les règles ordinaires sur l'aveu et le serment devront être appliquées. Nous le répétons, c'est le droit commun de tous points.

Au premier abord, l'art. 1834 paraît contredire le principe que nous venons de formuler. En effet cet article, en déclarant applicable à la société une des règles du droit commun en matière de preuve, semble insinuer que les autres ne doivent pas recevoir leur application. Ce texte, qui est la reproduction presque littérale de l'art. 1341, est ainsi conçu : « *Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur » objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. — La preuve testimoniale » n'est point admise contre et outre le contenu de l'acte de société, ni sur ce qui » serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis cet acte, encore qu'il s'agisse » d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs* ». Mais les travaux préparatoires de la loi, en nous expliquant quel a été le but de cette disposition, lèvent tous les doutes. D'après plusieurs de nos anciennes coutumes, le seul fait de l'habitation et de la vie en commun pendant l'an et jour, avec communication des gains et des pertes, avait pour résultat d'établir entre les parties une communauté universelle, connue sous le nom de *société taisible* ou *compagnie*. Cette institution engendrait dans la pratique une foule de difficultés et de procès. Pour les tarir dans leur source, l'art. 1834 proscrit, non pas toute société ayant l'extension que comportaient les sociétés taisibles, mais l'ancien mode d'établissement de ces sociétés. En d'autres termes, notre code autorise les sociétés universelles, au moins celles de tous biens présents (art. 1837) ; mais leur existence ne résultera plus du seul fait de la cohabi-

tation et de la vie en commun pendant un certain temps, et ne pourra même pas être prouvée par témoins au dessus de 150 fr. C'est le droit commun. Le législateur a voulu qu'il devînt applicable de tous points en ce qui concerne la preuve des sociétés; et, s'il ne signale que cette application particulière, ce n'est pas pour exclure les autres, mais parce que celle-là aurait pu soulever quelques doutes à cause de l'ancienne pratique.

763. Pour savoir si l'*objet de la société* est ou non d'une valeur supérieure à 150 fr. et si par suite la preuve testimoniale de l'existence du contrat doit être rejetée ou admise, il faut considérer l'ensemble des apports faits par les associés, sans se préoccuper d'ailleurs du montant de la demande. Ainsi deux personnes forment une société dans laquelle elles apportent chacune une mise de 50 fr., total 100 fr.; la société réalise des bénéfices considérables, 10,000 fr. par exemple, et l'un des associés en réclame sa part à l'autre; il pourra prouver par témoins le fondement de sa demande, c'est-à-dire l'existence de la société. En sens inverse, si les apports réunis des associés représentent une valeur supérieure à 150 fr., la demande que l'un des associés formerait contre l'autre ne pourrait pas être prouvée par témoins, alors même que l'actif de la société se trouverait actuellement réduit à un chiffre inférieur à 150 fr. Quand la loi dit qu'il doit être passé acte de toutes sociétés dont l'objet est d'une valeur de plus de 150 fr. (art. 1834), elle se place évidemment, pour apprécier la valeur de l'intérêt engagé, au moment où les parties contractent; car elles ne peuvent pas lire dans l'avenir.

CHAPITRE II

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS

764. « *Les sociétés sont universelles ou particulières* », dit l'art. 1835. Nous savons que les sociétés se divisent aussi en civiles et commerciales (*supra* n. 757).

SECTION PREMIÈRE

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES

765. Il est difficile de considérer les sociétés universelles comme autre chose qu'un souvenir d'une tradition effacée, les sociétés *taisibles* de notre ancien droit; on dirait une épave, qui a été recueillie par le législateur du code civil. Ces sociétés sont rares dans la pratique; aussi serons-nous très sobre de détails à leur sujet.

« *On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous* » *biens présents, et la société universelle de gains* » (art. 1836).

I. *Société universelle de tous biens présents.*

766. « *La société de tous biens présents est celle par laquelle les par-* » *ties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles* » *possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer.— Elles* » *peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens* » *qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs, n'entrent* » *dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y* » *faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux, et* » *conformément à ce qui est réglé à leur égard* (art. 1837).

= *Elles peuvent y comprendre toute autre espèce de gains.* Par exemple ceux résultant de l'exercice de leur état ou profession.

Quant à la prohibition contenue dans la partie finale de notre texte, elle paraît avoir été inspirée par un triple motif : 1° les donations de biens à venir sont interdites en principe dans notre droit; or la possibilité de contracter une société universelle comprenant tous les biens à venir aurait fourni un moyen facile d'éluder cette prohibition; 2° il est désirable que les parties puissent apprécier l'importance des apports qu'elles font à la société; comment le pourraient-elles en ce qui concerne les biens à échoir par succession, donation ou legs? 3° enfin, en tant qu'elle s'applique aux biens à échoir par succession, la prohibition paraît se rattacher aussi à la règle qui interdit dans notre droit les pactes sur succession future.

Tous les biens présents des associés entrant dans la société universelle de biens présents, toutes leurs dettes présentes y entrent aussi. C'est une application de la règle *Non sunt bona nisi deducto ære alieno.*

II. *Société universelle de gains.*

767. « *La société universelle de gains renferme tout ce que les parties* » *acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le* » *cours de la société : les meubles que chacun des associés possède au* » *temps du contrat, y sont aussi compris; mais leurs immeubles person-* » *nels n'y entrent que pour la jouissance seulement* » (art. 1838).

La composition active de cette société ne répond pas au nom qu'elle porte; elle est dans une certaine mesure une société de biens présents, puisqu'elle comprend les meubles présents.

Ici encore la loi ne parle pas des dettes. Tout le mobilier présent des associés tombant dans la société, nous en concluons que leurs dettes mobilières présentes y tombent également; il est de tradition que les dettes mobilières sont une charge de l'universalité mobilière. Le législateur a fait l'application de ce principe à la communauté (art. 1409-1°), et tout porte à croire qu'il a entendu, à la suite de Pothier, en faire aussi l'application à la société.

Quelques auteurs appliquent, comme conduisant à un résultat plus équitable, le principe que le législateur suit pour la répartition du passif des successions échues aux époux sous le régime de la communauté (art. 1411 et s.) : ce qui conduit à dire que toutes les dettes de chaque associé, sans distinction entre celles qui sont mobilières et celles qui sont immobilières, tombent à la charge de la société proportionnellement à la valeur des meubles de cet associé comparée à celle de ses immeubles, pour un tiers par exemple si la valeur du mobilier apporté par l'associé est par rapport à ses immeubles comme 1 est à 2, et représente par suite le tiers de son actif total.

« *La simple convention de société universelle, faite sans autre explica-* » *tion, n'emporte que la société universelle de gains* » (art. 1839). Toute société universelle entraîne une aliénation, et dans le doute il est naturel d'admettre que les parties ont adopté la société qui emporte l'aliénation la moins étendue, par conséquent la société universelle de gains. *In obscuris quod minimum est semper sequimur.*

III. *Disposition commune à toutes les sociétés universelles.*

768. « *Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes* » *respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre,* » *et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres* » *personnes* » (art. 1840).

Le législateur est parti de cette idée que la stipulation d'une société universelle dissimule presque toujours une donation. De là cette double règle : 1° « Nulle société » universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se » donner ou de recevoir l'une de l'autre ». Ainsi une société universelle ne pourrait pas valablement être contractée entre un père et son enfant adultérin (arg. art. 908); 2° Si l'avantage que l'une des parties procure à l'autre, en contractant avec celle-ci une société universelle, dépasse la quotité disponible déterminée par les art. 913 et s., 1094 et 1098, il y aura lieu à la réduction. Nous traduisons ainsi la restriction que la partie finale de notre article exprime en termes fort obscurs. Il nous paraît difficile de l'entendre avec quelques auteurs en ce sens que les personnes, qui laissent des héritiers réservataires à leur décès, n'ont pu valablement pendant leur vie contracter une société universelle avec qui que ce soit. S'il en était ainsi, l'existence des sociétés universelles serait bien précaire, puisque leur validité ne serait jamais assurée qu'après le décès des associés sans héritiers réservataires.

SECTION II

DE LA SOCIÉTÉ PARTICULIÈRE

769. « *La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines* » *choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir* » (art. 1841).

« *Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une* » *entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profes-* » *sion, est aussi une société particulière* » (art. 1842).

Le législateur, dans les articles qui vont suivre, s'occupe principalement des sociétés particulières.

CHAPITRE III

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS

SECTION PREMIÈRE

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX

§ I. *Point de départ et terme de la société.*

770. « *La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne dési-* » *gne une autre époque* » (art. 1843).

« *S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée* » *contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en*

» *l'article* 1869 ; *ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée,* » *pour tout le temps que doit durer cette affaire* » (art. 1844).

§ II. *Obligations respectives des associés envers la société et de la société envers les associés.*

N° 1. Obligations des associés envers la société.

771. Première obligation. — « *Chaque associé est débiteur envers la* » *société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter* », dit l'art. 1845 al. 1.

L'apport promis à la société par chaque associé peut être un apport en propriété, un apport en jouissance ou un apport en industrie.

772. A. *Apport en propriété.* La chose, dont l'apport en propriété a été promis à la société, peut être un corps certain ou une chose fongible.

a. — Si c'est un corps certain, la situation respective de l'associé débiteur de l'apport et de la société est à peu près celle de vendeur à acheteur.

De là il suit :

1° Que, dans ses rapports avec l'associé, la société devient, indépendamment de toute tradition, propriétaire de l'apport promis, par le seul effet du consentement, et les risques sont immédiatement pour son compte. Elle supportera donc les détériorations et même les pertes survenues par cas fortuit, sans que l'associé voie pour cela ses droits dans la société diminuer ou périr ; car il n'est pas sans mise, puisque sa mise a été effectuée par le transport de la propriété promise. Le reste ne le regarde plus, les risques n'étant pas pour son compte.

2° Que, dans ses rapports avec les tiers, la société ne devient propriétaire que par la transcription, s'il s'agit d'un immeuble, et par l'accomplissement de l'une des formalités prescrites par l'art. 1690, s'il s'agit d'une créance ; pour les objets mobiliers corporels, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1141.

En un mot, le droit commun s'applique ici de tous points pour la translation de la propriété soit entre les parties, soit à l'égard des tiers.

b. — Si la chose, dont l'apport en propriété a été promis à la société, est une chose déterminée seulement quant à son espèce, par exemple cent hectolitres de froment, dix chevaux..., la société ne devient propriétaire que lorsque la détermination en a été faite d'un commun accord. Le plus souvent cette détermination se confond avec la tradition : ce qui excuse, sans le justifier, le langage de certains auteurs qui disent que la société devient propriétaire par la tradition. Les risques ne passent à la société qu'à partir du moment où elle est devenue propriétaire.

Au cas particulier où l'apport promis consiste en une somme d'argent, l'art. 1846 al. 1 dispose : « *L'associé qui devait apporter une somme dans* » *la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans* » *demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où* » *elle devait être payée* ».

C'est une exception à la règle qu'une demande en justice est nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires (art. 1153 al. 3). Elle nous paraît avoir un fondement analogue à celle que consacre l'art. 1652 al. 3, en matière de vente : l'associé ayant droit, aussitôt que le contrat est devenu parfait, à sa part des profits réalisés, il est juste qu'à dater de cette époque il fasse jouir lui-même la société de la somme qu'il lui a promise.

La loi ajoute : « *Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises* » *dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son* » *profit particulier* » (art. 1846 al. 2).

Mais il peut se faire que l'intérêt légal de la somme que l'associé est en retard de verser ou qu'il a puisée dans la caisse sociale pour ses affaires particulières, ne suffise pas pour indemniser la société du préjudice qu'elle a souffert. Alors il y a lieu d'appliquer le dernier alinéa de notre article : « *Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts,* » *s'il y a lieu* ». Nouvelle dérogation à l'art. 1153 (voyez l'alinéa 1 de cet article). Elle est fondée sur ce que l'on ne s'associe pas pour retirer de ses fonds l'intérêt légal seulement.

L'art. 1846, que nous venons d'analyser, se résume dans cette double proposition : 1° chaque associé est de plein droit en demeure de verser à l'époque convenue les sommes qui représentent le montant de son apport, et de restituer celles qu'il a puisées dans la caisse sociale pour ses affaires particulières; 2° faute de satisfaire à l'une ou à l'autre de ces obligations, il peut être condamné à des dommages et intérêts supérieurs à l'intérêt légal des sommes dont il est débiteur.

773. B. *Apport en jouissance.* L'apport en jouissance peut se concevoir de deux manières. Peut-être les parties ont-elles entendu que la société acquerrait sur l'objet auquel s'applique l'apport un droit réel de jouissance, un droit d'usufruit; les rapports respectifs de l'associé qui a promis l'apport et de la société seront alors ceux d'un nu-propriétaire et d'un usufruitier. Mais peut-être aussi (ce sera beaucoup plus fréquent) les parties ont-elles entendu conférer à la société un droit personnel de jouissance sur l'objet de l'apport; dans ce cas, les rapports respectifs de l'associé et de la société seront ceux d'un bailleur et d'un preneur : l'associé sera tenu de faire jouir la société, et non pas seulement, comme dans le cas précédent, de la laisser jouir. Quant à savoir si, dans telle hypothèse déterminée, les parties ont entendu conférer à la société un droit *réel* ou un droit *personnel* de jouissance, on comprend bien que ce

n'est plus qu'une question de fait, rentrant à ce titre dans le domaine du juge en cas de contestation. Elle présente une extrême importance au point de vue des risques.

a. — Nous supposerons d'abord qu'il a été dans l'intention des parties de conférer à la société un droit personnel de jouissance. Dans ce cas, l'apport de l'associé est un apport successif : il s'est engagé à faire jouir la société pendant toute sa durée. Cette obligation ne peut plus être remplie par l'associé, lorsque la chose dont il a promis la jouissance est venue à périr. A dater de ce moment, l'associé se trouve donc sans mise; et, comme il est essentiel à l'existence de la société que chaque associé ait une mise, la loi déclare la société dissoute (art. 1867 al. 2). Dans notre première hypothèse, les risques sont donc toujours à la charge de l'associé.

b. — Les parties ont entendu conférer à la société un droit réel de jouissance, un droit d'usufruit. Alors, pour savoir à la charge de qui sont les risques, il faut distinguer si l'associé est demeuré propriétaire de son apport ou s'il en a transmis la propriété à la société; il faut distinguer, en d'autres termes, si l'on se trouve dans le cas d'un véritable usufruit ou d'un quasi-usufruit. Dans la première hypothèse, les risques seront pour le compte de l'associé; dans la deuxième, pour le compte de la société. C'est une application toute simple de la règle *Casum sentit dominus.*

774. Reste à savoir dans quels cas l'associé demeure propriétaire des choses dont il a promis la jouissance ou l'usufruit à la société, dans quels cas au contraire il lui en transmet la propriété. L'art. 1851 répond à la question : « *Si les choses dont la jouissance seulement a été* » *mise dans la société sont des corps certains et déterminés, qui ne se* » *consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé pro-* » *priétaire. — Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les* » *gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été* » *mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles* » *sont aux risques de la société. — Si la chose a été estimée, l'associé ne* » *peut répéter que le montant de son estimation* ».

Ainsi, lorsque l'apport en usufruit porte sur un corps certain et déterminé qui ne se consomme point par l'usage, l'associé, en principe, et sauf les exceptions que nous indiquerons tout à l'heure, demeure propriétaire, et les risques sont pour son compte. Il faut s'entendre toutefois : les risques sont pour le compte de l'associé demeuré propriétaire, en ce sens que, si la chose périt par cas fortuit, la société sera libérée de l'obligation de la lui restituer lors de sa dissolution ; mais à un autre point de vue les risques sont au compte de la société, car elle perdra son droit d'usufruit si la chose périt, En un mot, la chose est aux risques de l'associé pour la nue propriété, aux risques de la société pour l'usufruit : si la chose périt par cas fortuit, chacun perdra le droit réel qu'il y avait, l'associé la nue propriété, la société l'usufruit; et l'associé n'en conservera pas moins tous ses droits dans la société. On

ne peut pas dire ici qu'il est sans mise ; car il a complètement rempli la seule obligation dont il était tenu, celle de conférer à la société un droit réel de jouissance. Ce droit, une fois acquis à la société, a nécessairement péri pour elle.

Au contraire, dans les quatre cas suivants, qu'indique l'art. 1851 al. 2, la société devient, en qualité de quasi-usufruitière, propriétaire des biens dont la jouissance lui est conférée, et demeure à ce titre chargée des risques, en ce sens que la perte de la chose ne la libère pas de l'obligation d'en restituer la contre-valeur :

1° *Si les choses se consomment.* Le droit de jouir emporte nécessairement ici pour la société celui de consommer, puisqu'il s'agit de choses dont on ne peut jouir autrement ; donc la société devient propriétaire, car le propriétaire seul a le droit de consommer ;

2° *Si elles se détériorent en les gardant.* On ne peut guère supposer que l'intention des parties ait été de réduire l'associé, qui apporte de semblables choses en jouissance, à les reprendre en nature, c'est-à-dire considérablement diminuées de valeur, lors de la dissolution de la société ;

3° *Si elles sont destinées à être vendues.* La société ne peut pas vendre sans être propriétaire ; on doit donc supposer que l'intention des parties a été de lui transférer la propriété ;

4° *Si elles ont été mises dans la société sur une estimation.* Il importe peu d'ailleurs que l'estimation soit contenue, comme la loi le suppose, dans un inventaire ou dans tout autre titre. L'estimation emporte vente au profit de la société, *æstimatio facit venditionem,* parce que telle a été vraisemblablement l'intention des parties. C'est donc le prix d'estimation qui devra être restitué lors de la dissolution de la société. — Dans les trois autres cas, nous croyons que l'associé aurait droit à la restitution de choses semblables à celles qu'il a livrées à la société ou d'une somme suffisante pour se les procurer. Cpr. t. I, n. 1338.

Ainsi, en résumé, lorsque l'apport en jouissance fait naître un droit réel au profit de la société, on applique, en ce qui concerne les risques, les règles de l'usufruit ou celles du quasi-usufruit, suivant que la propriété reste à l'associé ou qu'elle est transmise à la société.

775. C. *Apport en industrie.* — « *Les associés qui se sont soumis à » apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains » qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société* » (art. 1847). Mais l'associé ne devrait pas compte à la société des gains, qu'il a réalisés par l'exercice d'une industrie autre que celle dont il a promis l'apport. Ainsi celui qui a promis l'apport de son industrie à une société créée pour la fabrication de la porcelaine, ne doit pas compte à la société des profits qu'il a réalisés en spéculant sur la vente des grains. D'ailleurs il peut lui être défendu par une clause de l'acte de société de se livrer à toute autre industrie que celle pour l'exercice de laquelle la société a été formée.

776. Deuxième obligation. Dans la société particulière, l'associé, dont l'apport consiste en un corps certain, est tenu à la garantie envers la société. Ses obligations de ce chef sont celles d'un vendeur, si l'apport est fait en propriété ou en usufruit. C'est ce qui résulte de l'art. 1845 al. 2, ainsi conçu : « *Lorsque cet apport consiste en un corps cer- » tain, et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la » société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur* ».

— Si l'associé s'est obligé à faire jouir la société, alors ses obligations comme garant sont celles d'un bailleur envers le preneur.

777. Troisième obligation. Chaque associé est tenu de veiller et de pourvoir en bon père de famille aux intérêts de la société. Il ne peut donc pas sacrifier l'intérêt social à son intérêt personnel ; mais il peut en sens inverse sacrifier son intérêt personnel à l'intérêt social.

Nous trouvons une triple application de ce principe dans les art. 1848 à 1850.

Première application. « *Lorsque l'un des associés est, pour son compte particu-* » *lier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir* » *à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce* » *débiteur, doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne dans la propor-* » *tion des deux créances, encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation inté-* » *grale sur sa créance particulière : mais s'il a exprimé dans sa quittance que* » *l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation* » *sera exécutée* » (art. 1848). — Exemple : Paul, qui doit 1,200 fr. à la société et 600 fr. à l'un des associés, paie 300 fr. à cet associé. Celui-ci devra verser 200 fr. à la caisse sociale et garder seulement 100 fr. pour lui, donnant ainsi à la société le double de ce qu'il garde, parce que la créance de la société est deux fois plus considérable que la sienne. Il en sera ainsi, alors même que, dans la quittance qu'il a délivrée au débiteur, l'associé aurait imputé les 300 fr. pour le tout sur sa propre créance. Il n'a pas le droit de faire une semblable imputation, parce qu'il sacrifierait l'intérêt social à son intérêt personnel.

Deuxième application. — « *Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la* » *créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est* » *tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spéciale-* » *ment donné quittance* pour sa part » (art. 1849).

Troisième application.— « *Chaque associé est tenu envers la société, des dommages* » *qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les* » *profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires* » (art. 1850). En effet la compensation n'a lieu qu'entre personnes respectivement débitrices l'une de l'autre (art. 1289) ; or, l'associé est bien débiteur envers la société à raison du préjudice qu'il lui a causé par sa faute ; mais la société n'est pas débitrice envers lui pour le profit qu'il lui a procuré par son industrie.

N° 2. Obligations de la société envers les associés.

778. 1° Aux termes de l'art. 1852 : « *Un associé a action contre la* » *société, non seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle,* » *mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi* » *pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion* ».

= *A raison des sommes qu'il a déboursées pour elle.* Pour frais de voyages par exemple. L'associé a droit en outre à l'intérêt desdites sommes jusqu'au remboursement effectif. Arg. art. 1859-1° cbn. 2001.

2° Chaque associé a le droit de réclamer sa part dans les bénéfices.

3° Aux termes de l'art. 1859-2° : « *Chaque associé peut se servir des* » *choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur desti-* » *nation fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la* » *société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur* » *droit* ».

4° Le contrat de société implique des rapports personnels et de confiance entre les associés : il est fait *intuitu personæ*. De là il suit que, si chaque associé peut traiter de ses droits dans la société et les céder à une tierce personne, il ne peut pas, du moins sans le consentement de ses coassociés, traiter de sa qualité d'associé et l'abdiquer au profit d'un tiers qu'il mettrait à sa place. L'art. 1861 consacre cette double proposition : « *Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés,* » *s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la* » *société : il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors* » *même qu'il en aurait l'administration* ». La société s'étant formée par le consentement de tous les associés, l'affiliation d'un nouveau membre n'est possible qu'autant que tous les associés y consentent ; le consentement donné par la majorité ne suffirait pas, car il s'agit d'une modification à apporter au pacte social. *Quum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui,* dit la loi 19, D., *Pro socio.*

Cette règle toutefois n'est applicable qu'aux sociétés par intérêt, dans lesquelles la considération de la personne est dominante. On s'accorde à reconnaître qu'elle est étrangère aux sociétés par actions, qui sont des sociétés de capitaux.

Mais l'un des associés n'a pas besoin du consentement des autres pour s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ; c'est affaire entre lui et le sous-associé qu'il a choisi. Il se forme alors une petite société dans la grande, *societas societatis.* Le sous-associé porte le nom de *croupier,* parce que, dit-on, l'associé le prend en *croupe* et le fait chevaucher avec lui.

L'un des associés peut aussi, sans le consentement des autres, céder le droit qu'il a dans la société, et ses créanciers peuvent le saisir. Mais l'acheteur ou l'adjudicataire demeurent étrangers à la société, et ne peuvent par suite s'immiscer dans son administration ni en demander la liquidation et le partage avant sa dissolution ; ils acquièrent seulement le droit d'agir contre la société pour réclamer la part à laquelle l'associé a droit dans le profit.

§ III. *Part de chaque associé dans le gain et dans la perte.*

779. Régulièrement la part de chaque associé dans le bénéfice et dans la perte est fixée par la convention des parties. Tout en les autorisant à se mouvoir dans un cercle très vaste, la loi ne leur laisse pas cependant le champ tout à fait libre. Deux limitations viennent ici restreindre leur liberté d'action.

Première limitation. « *La convention qui donnerait à l'un des associés* » *la totalité des bénéfices est nulle* » (art. 1855 al. 1). « Les jurisconsultes romains, dit Pothier, ont donné à cette espèce de convention le nom de *société léonine,* par allusion à la fable du lion, qui, ayant fait une société avec d'autres animaux pour aller à la chasse, s'empara

seul de toute la proie » (Société n. 12). Il est de l'essence de la société que chaque associé puisse espérer avoir sa part du profit en vue duquel le contrat a été formé.

DEUXIÈME LIMITATION. « *Il en est de même de la stipulation qui affran-* » *chirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans* » *le fonds de la société par un ou plusieurs des associés* » (art. 1855 al. 2). Cette stipulation est donc prohibée comme la précédente.

Ce que la loi défend, c'est de convenir qu'un associé retirera son apport intact d'une société dont les opérations se soldent en définitive par un déficit; mais notre texte ne s'oppose nullement à ce que l'on convienne que la part d'un associé dans la perte sera limitée à son apport, ou en d'autres termes que cet associé ne contribuera pas aux pertes au delà de sa mise. V. cependant Cass., 21 février 1883, Sir., 84. 1. 361.

Les auteurs disent et répètent que la disposition de l'art. 1855 al. 2 n'est pas applicable à l'associé qui n'a apporté que son industrie dans la société. On pourrait donc valablement convenir qu'il sera affranchi de toute contribution aux pertes, tandis que cette convention ne serait pas valable pour l'associé dont l'apport consiste dans des *sommes* ou des *effets* (arg. art. 1855 al. 2). A notre avis, il y a là une erreur ou tout au moins un malentendu. La situation de l'associé qui n'a apporté que son industrie à la société nous paraît être exactement la même, au point de vue de la contribution aux pertes, que celle de l'associé qui a apporté une somme ou des effets. L'un comme l'autre peut être dispensé de contribuer aux pertes au delà de sa mise, et ne peut pas être dispensé d'y contribuer jusqu'à concurrence de sa mise. — Mais alors, dira-t-on, pourquoi la loi n'a-t-elle formulé le principe qu'à l'égard de l'associé dont l'apport consiste dans des *sommes ou effets* (art. 1855 al. 2) ? Par une raison bien simple : c'est qu'il ne peut pas être question pour l'associé qui n'a apporté que son industrie de la retirer à la dissolution de la société, lorsque le budget social est au-dessous du pair : par la force même des choses cet associé perdra son apport, en ce sens qu'il se trouvera avoir fourni son industrie à la société en pure perte, et la loi a jugé inutile de le dire.

La situation est à peu près la même pour l'associé qui n'a apporté que son crédit à la société : peut-il être question de l'autoriser à retirer son apport, en cas de faillite ou de déconfiture de la société ? Evidemment non. Il contribuera donc nécessairement aux pertes jusqu'à concurrence de sa mise, en ce sens que son crédit pourra se trouver plus ou moins fortement ébranlé par le désastre de la société. Mais on peut convenir qu'il ne contribuera pas au delà, c'est-à-dire que dans ses rapports avec ses associés, ceux-ci supporteront seuls l'excédent du passif de la société sur son actif.

780. Quelle est la sanction de la double prohibition contenue dans l'art. 1855 ? Incontestablement la clause qui viole l'une ou l'autre de ces prohibitions est nulle. Cette nullité entraîne à notre avis celle de la société elle-même. La destruction d'une partie fondamentale d'un édifice doit entraîner normalement la ruine de l'édifice tout entier.

781. L'art. 1855 est limitatif. Toutes les stipulations qu'il ne prohibe pas demeurent donc permises en vertu du grand principe de la liberté des conventions.

Ainsi la part, qui est attribuée à un associé dans le gain et dans la perte, peut ne pas être exactement proportionnelle au montant de ses apports. De même, il n'est pas nécessaire que chaque associé soit appelé à supporter dans la perte une part

égale à celle qui lui est attribuée dans le gain ; ainsi on peut convenir que l'un des associés aura droit à la moitié du gain et ne supportera que le quart de la perte : ce qui ne signifie pas que cet associé pourra réclamer la moitié du profit résultant des bonnes opérations et ne devra supporter qu'un quart de la perte occasionnée par les mauvaises, mais bien qu'à la dissolution de la société cet associé aura droit à la moitié du bénéfice résultant de l'ensemble des opérations, si la société a prospéré, et ne devra supporter qu'un quart de la perte, si la liquidation de la société fait apparaître un déficit. En un mot, la convention, qui assigne aux associés des parts inégales dans le gain et dans la perte, doit être appliquée au bénéfice net ou à la perte nette.

Toutefois il est au moins de la *nature* du contrat de société, sinon de son *essence*, que les parts soient les mêmes dans la perte et dans le gain. Aussi faut-il décider que si les parties ont fixé les parts dans le gain seulement, le même règlement devra être appliqué à la perte, et réciproquement.

782. Par souvenir du droit romain, sans doute, la loi consacre pour les parties une faculté dont elles n'usent guère dans la pratique, celle de laisser la fixation des parts à l'arbitrage de l'un des associés ou d'un tiers. Il y a ainsi un certain nombre de textes, qui survivent pendant longtemps dans les codes à l'arrêt de mort que la pratique a prononcé contre eux en décrétant leur inutilité. Aussi nous bornerons-nous à reproduire sans autre observation l'art. 1854, ainsi conçu : « *Si les associés » sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des » parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité. — » Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis » que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règle- » ment a reçu de sa part un commencement d'exécution* ».

783. Si les associés ont négligé de fixer eux-mêmes leurs parts respectives dans le gain et dans la perte ou de confier soit à l'un d'eux, soit à un tiers le soin d'opérer cette fixation, ou si celui qui a été chargé de cette mission ne peut pas la remplir, ou bien enfin s'il la remplit mal et que sa décision soit annulée comme évidemment contraire à l'équité, dans tous ces cas, la loi intervient, et, adoptant la solution qui lui paraît le plus conforme à l'équité non moins qu'à l'intention probable des parties, elle décide que la part de chaque associé soit dans le gain, soit dans la perte sera proportionnelle à sa mise : « *Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé » dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa » mise dans le fonds de la société* », dit l'art. 1853 al. 1.

La loi ajoute : « *A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, » sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise » eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté* » (art. 1853 al. 2).

Cette disposition respire une sorte de dédain pour l'industrie, qui cependant est la pierre angulaire de bien des sociétés. Le législateur aurait peut-être été plus près de la vérité en assimilant l'apport en industrie à la mise la plus élevée, sauf aux associés à l'évaluer plus bas si elle n'a pas cette importance. Quoi qu'il en soit sur ce point, la disposition qui nous occupe est certainement exceptionnelle, et nous en conclurons qu'elle ne s'appliquerait pas à l'associé qui, en sus de son industrie,

a apporté quelque autre chose dans la société, ni à celui qui a apporté son crédit. Dans l'un et l'autre cas, comme d'ailleurs dans tous ceux où il s'agirait d'un apport autre qu'un apport en argent ou en industrie seulement, la mise de l'associé devrait être évaluée par le juge en cas de contestation.

§ IV. *Administration de la société.*

784. Cette matière est régie par les art. 1856 à 1860. La loi distingue si les parties ont ou non pourvu à l'administration de la société en nommant un ou plusieurs administrateurs ou gérants.

785. Première hypothèse. Il a été nommé un ou plusieurs gérants. Nous supposerons avec la loi, et ainsi que cela a presque toujours lieu dans la pratique, que ces fonctions sont confiées à des associés.

La nomination des gérants peut être faite par une clause spéciale du contrat de société ou par un acte postérieur.

Le gérant nommé par une clause spéciale du contrat porte le nom de gérant *statutaire,* parce que sa nomination fait partie des statuts de la société. Pour ce motif son mandat est irrévocable, ou du moins il ne peut pas être révoqué *ad nutum* comme un mandat ordinaire, mais seulement pour *cause légitime,* c'est-à-dire pour incapacité ou infidélité.

Autre est la situation du gérant nommé par un acte postérieur à la formation du contrat. C'est un mandat ordinaire qui lui est conféré, et ce mandat peut être révoqué conformément aux règles du droit commun.

Nous venons d'analyser l'art. 1856, ainsi conçu : « *L'associé chargé » de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, peut » faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui » dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude.— Ce » pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société » dure ; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de » société, il est révocable comme un simple mandat* ».

De qui la révocation doit-elle émaner dans l'hypothèse prévue par la partie finale de notre texte? Suivant les uns, la révocation supposerait nécessairement le concours de tous les associés non gérants ; d'autres estiment que la volonté de la majorité serait suffisante, mais nécessaire ; enfin quelques-uns pensent que la révocation pourrait résulter de la volonté d'un seul. Nous inclinerions vers ce dernier sentiment. Le gérant n'a qualité pour administrer qu'autant qu'il représente tous les associés ; or il cesse de représenter celui qui a révoqué son mandat ; donc il n'a plus alors les pouvoirs nécessaires pour gérer. Si les parties veulent que le consentement de tous ou de la majorité soit nécessaire pour la révocation, il faut qu'elles s'expliquent sur ce point en conférant le mandat ; car c'est une dérogation au droit commun, et elle ne saurait par suite être présumée.

Quels sont les pouvoirs de l'associé gérant ? S'ils ont été fixés par la convention des parties, elle fera loi sur ce point. Dans le cas contraire, on déterminera les pouvoirs du gérant d'après la nature de la

société et le but dans lequel elle a été contractée. On doit naturellement supposer que les associés ont entendu conférer au gérant les pouvoirs nécessaires pour mener l'entreprise à bonne fin.

Au cas particulier où il a été nommé plusieurs associés administrateurs, la loi dispose :

Art. 1857. *Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration.*

Art. 1858. *S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration.*

786. Deuxième hypothèse. Les parties n'ont pas pourvu à l'administration de la société par la nomination d'un ou de plusieurs gérants. Alors chaque associé est censé avoir reçu mandat de tous les autres à l'effet de gérer. C'est ce que dit l'art. 1859 al. 1 et 2 : « *A défaut de » stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles » suivantes : — 1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le » pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait, est valable » même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement, » sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opéra- » tion avant qu'elle soit conclue* ».

— *Ou l'un d'eux.* Cette formule paraît bien conférer à chaque associé un droit absolu d'opposition, un droit de *veto*. Malgré cela, la doctrine et la jurisprudence décident que la volonté de la majorité lie la minorité. Ce sont surtout des considérations d'utilité pratique qui ont dicté cette solution. Est-ce là une base suffisante? Nous en doutons; les majorités n'ont pas d'autres droits que ceux qui leur sont conférés par la loi ou par la volonté des parties.

— *Avant qu'elle soit conclue.* Après, il serait trop tard. Les actes régulièrement accomplis doivent être maintenus.

Après avoir formulé une proposition qui n'a rien de commun avec l'administration de la société et que nous avons étudiée ailleurs (n. 778), l'art. 1859 ajoute : « 3° *Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à » faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des » choses de la société. — 4° L'un des associés ne peut faire d'innovations » sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutien- » drait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent* ».

Enfin l'art. 1860 nous révèle une différence entre le gérant dont les pouvoirs résultent d'un mandat exprès, et celui qui n'est investi que du mandat tacite dont la loi suppose l'existence lorsque les parties n'ont fait aucune convention relativement à l'administration de la société. Le premier est investi du pouvoir de vendre, sans le consentement de ses coassociés, les objets mobiliers dépendant du fonds social,

si, d'après le but de la société, ils sont destinés à être vendus. Le même droit n'appartient pas au second. « *L'associé qui n'est point administrateur* [entendez l'associé qui gère sans mandat exprès], *ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société* ».

SECTION II

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS

787. Nous savons comment les associés sont tenus des dettes de la société dans leurs rapports entre eux; il faut rechercher maintenant dans quelle mesure ils en sont tenus à l'égard des tiers. En d'autres termes, et pour employer des expressions qui nous sont déjà familières, les art. 1853 et s. nous ont fait connaître les règles de la *contribution* aux dettes sociales; le commentaire des art. 1862 à 1864 va nous apprendre les règles de l'*obligation* à ces mêmes dettes.

Les engagements, qu'un ou plusieurs associés contractent *en leur nom personnel,* ne peuvent pas avoir pour résultat d'obliger directement les autres associés envers le créancier. Celui-ci n'aura donc d'action que contre celui ou ceux qui ont parlé au contrat; du moins il ne pourra agir contre les autres que du chef de ceux avec qui il a traité, par l'action indirecte de l'art. 1166.

Mais supposons que l'engagement ait été contracté au nom de la société, la société sera-t-elle engagée? Deux hypothèses doivent être distinguées.

1° L'engagement a été contracté par tous les associés. La société sera incontestablement obligée. Dans quelle mesure chaque associé pourra-t-il alors être poursuivi par le créancier? L'art. 1863 répond : « *Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part* ».

Ainsi, pour déterminer l'étendue de l'obligation de chaque associé envers le créancier, il n'y a pas à se préoccuper de la part de chacun des contractants dans la société. Le créancier peut ignorer ces parts; quand même il les connaîtrait, rien ne prouve, si le contrat ne s'explique pas à ce sujet, qu'il ait entendu avoir chaque associé pour débiteur dans la mesure de sa part sociale. Le droit commun, quand plusieurs débiteurs s'engagent conjointement, c'est l'obligation *pro portione virili.* Il doit être appliqué, à moins que les parties n'y aient dérogé par une stipulation formelle. Si les associés entendent s'obliger chacun pour sa part sociale et non pour sa part virile, il faut qu'ils le disent.

2° L'engagement a été contracté par un seul associé. Dans cette hypothèse, il ne suffit plus, pour que la société soit obligée, que l'engagement ait été contracté en son nom; il faut en outre que l'associé qui a pris l'engagement eût pouvoir d'agir au nom des autres, ou que l'engagement ait tourné au profit de la société. Si ces deux conditions font défaut, l'associé qui a pris l'engagement sera seul obligé, bien qu'il ait parlé au nom de tous. C'est ce que dit l'art. 1864 : « *La stipu-* » *lation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie* » *que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui* » *aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société* ».

Au cas où l'associé qui a parlé au nom de la société avait des pouvoirs suffisants, chacun de ses coassociés sera, sauf stipulation contraire, obligé envers le créancier pour sa part virile, et non pour sa part sociale. — Il importe peu d'ailleurs que l'associé, qui a contracté l'engagement, fût muni d'un pouvoir exprès, donné soit par une clause du contrat de société, soit par un acte postérieur, ou qu'il fût seulement investi du mandat tacite de l'art. 1859.

Si l'associé qui a contracté l'engagement n'avait pas de pouvoirs suffisants pour obliger la société, et que celle-ci ne soit tenue que parce que l'engagement lui a profité, alors chaque associé ne pourra être poursuivi que dans la mesure du profit qu'il retire personnellement de l'acte, par conséquent pour sa part sociale et non pour sa part virile.

788. La solidarité entre les associés est de droit dans certaines sociétés commerciales; elle n'a jamais lieu dans les sociétés civiles qu'en vertu d'une stipulation formelle. Tel est le sens de l'art. 1862, ainsi conçu : « *Dans les sociétés autres que celles de commerce, les asso-* » *ciés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et l'un des* » *associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le* » *pouvoir* ».

CHAPITRE IV

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ

789. La loi s'occupe dans ce chapitre des causes de dissolution de la société et du partage de la société dissoute. Nous traiterons ces matières dans deux paragraphes.

§ I. *Causes de dissolution de la société.*

790. « *La société finit, — 1° Par l'expiration du temps pour lequel elle* » *a été contractée; — 2° Par l'extinction de la chose, ou la consommation* » *de la négociation; — 3° Par la mort naturelle de quelqu'un des asso-* » *ciés; — 4° Par [la mort civile], l'interdiction ou la déconfiture de l'un* » *d'eux; — 5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être* » *plus en société* » (art. 1865). Cette énumération n'est pas complète. Il faut y ajouter : 6° l'événement qui met un associé dans l'impossibilité

de réaliser son apport ; 7° le jugement qui prononce la dissolution de la société à terme pour une cause grave (art. 1871).

Parmi les diverses causes que nous venons d'énumérer, il y en a qui mettent fin à la société de plein droit ; les autres supposent une manifestation de volonté ou l'intervention de la justice. Etudions successivement les unes et les autres.

I. *Causes qui mettent fin à la société de plein droit.*

1. *Expiration du temps pour lequel la société a été contractée.*

791. En assignant par leur convention une certaine durée à la société, dix ans par exemple, les parties ont voulu par cela même que la société ne dépassât pas les limites fixées ; elle prendra donc fin de plein droit à l'expiration du temps convenu.

Et toutefois les associés peuvent empêcher la dissolution de se produire, en prorogeant la société, c'est-à-dire en allongeant le temps primitivement assigné à sa durée, en convenant avant l'arrivée du terme fixé qu'elle survivra pendant un certain temps à l'expiration de ce terme. Cette convention demeure soumise aux règles du droit commun en ce qui concerne la preuve. Si donc aucun écrit n'a été rédigé pour constater la société, l'intérêt engagé ne dépassant pas 150 fr., un écrit ne sera pas nécessaire non plus pour constater la prorogation ; mais, s'il a été dressé acte de la société, il devra être dressé acte aussi de la prorogation, et cela même quand il s'agirait de moins de 150 fr. (arg. art. 1341). Dans tous les cas, la prorogation pourrait être prouvée par l'aveu et par le serment. C'est donc, nous le répétons, le droit commun qui s'applique ici de tous points. Telle est certainement l'idée qu'a voulu exprimer l'art. 1866 ; mais il le fait en fort mauvais termes : « *La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que* » *par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société* ». Prise à la lettre, cette disposition conduirait notamment à décider que, si la société a été constatée par un acte sous seing privé, la prorogation ne pourra l'être que par un autre acte sous seing privé, non par un acte authentique : ce qui est évidemment inadmissible.

La convention de prorogation doit nécessairement intervenir avant l'expiration du temps pour lequel la société a été contractée. Après, il serait trop tard : la société irrévocablement dissoute ne pourrait plus être restaurée par la volonté des parties ; on ne saurait revenir sur un fait accompli, *nemo potest condicere factum.* La volonté des parties peut bien empêcher une société de se dissoudre, mais elle ne peut pas faire qu'une société dissoute ne soit pas dissoute. Tout ce qui serait possible désormais, ce serait de former une nouvelle société sur les mêmes bases que l'ancienne, mais ce ne serait plus l'ancienne société qui continuerait.

2. *Perte totale du fonds social.*

792. L'art. 1865-2° fait allusion à cette cause de dissolution, lorsqu'il dit que la société finit *par l'extinction de la chose.* Ce n'est qu'une application particulière du principe consacré par l'art. 1302.

La perte partielle du fonds social pourrait, suivant les circonstances, autoriser le juge à prononcer la dissolution de la société (arg. art. 1871). — Voyez pour les sociétés anonymes l'art. 37 de la loi du 24 juillet 1867.

3. *Consommation de la négociation.*

793. Le but que se proposaient les parties est atteint; la société n'a donc plus de raison d'être; elle est dissoute de plein droit. C'est tellement évident qu'on aurait presque pu se dispenser de le dire.

4. *Mort de l'un des associés.*

794. En général, les contrats survivent aux parties contractantes. « On est censé », dit l'art. 1122, « avoir stipulé pour soi et pour ses » héritiers et ayant cause... ». Mais l'article ajoute immédiatement : « à moins que le contraire ne soit exprimé *ou ne résulte de la nature de* » *la convention* ». Eh bien ! la société est précisément l'une de ces conventions, qui, à raison de leur nature, prennent fin par la mort de l'une des parties contractantes. La considération des personnes est dominante dans ce contrat : il implique la confiance, souvent l'estime et quelquefois l'affection réciproques des contractants les uns pour les autres; il crée ou consacre entre eux un certain *jus fraternitatis,* une sorte de lien de solidarité. La mort de l'un des contractants est le plus souvent une cause de désorganisation. Faire continuer la société entre les survivants seulement, ce serait parfois la vouer à l'impuissance; l'associé décédé en était peut-être la cheville ouvrière. Permettre à l'héritier de l'associé décédé de prendre sa place, serait plus grave encore; car on introduirait ainsi un inconnu dans la société. L'héritier succède bien à la fortune de son auteur; succède-t-il aussi aux qualités qui avaient déterminé ses coassociés à nouer avec lui le lien de la société ? En voilà plus qu'il ne faut pour justifier l'art. 1865-3°.

Cette disposition ne s'impose pas toutefois aux parties contractantes; c'est en effet leur intérêt privé qui est en cause, et non l'ordre public. Libre à elles d'y déroger en convenant, soit que la société continuera avec les héritiers du prédécédé, soit qu'elle continuera entre les survivants seulement. L'art 1868 dit à ce sujet : « *S'il a été stipulé* » *qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son* » *héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions* » *seront suivies : au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au par-* » *tage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès,* » *et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite* » *nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il suc-* » *cède* ».

= *Avec son héritier.* La minorité de l'héritier ne ferait pas obstacle à la continuation de la société. Cass., 10 mars 1885, Sir. 86. 1. 410. Mais l'héritier mineur ne peut être obligé *ultra vires.* Cass., 2 mars 1885, Sir., 85. 1. 362.

— *Eu égard à la situation de cette société lors du décès.* Les héritiers de l'associé décédé peuvent donc demander la liquidation de la société d'après son état à l'époque du décès. Cela n'est pas sans inconvénients pour les associés survivants, qui courent le risque de se trouver ainsi soumis à une véritable inquisition. Aussi stipule-t-on fréquemment que la part des héritiers du prédécédé sera réglée d'après le dernier inventaire ou état de situation.

5. *Interdiction, faillite ou déconfiture de l'un des associés.*

795. L'interdiction légale d'un associé entraîne la dissolution de la société, aussi bien que son interdiction judiciaire. *Lex non distinguit.* Mais nous n'en dirions pas autant de la nomination d'un conseil judiciaire à l'un des associés; elle pourrait seulement, suivant les cas, servir de fondement à une demande en justice, tendant à obtenir que la dissolution de la société soit prononcée (arg. art. 1871).

Bien que la loi ne parle que de la *déconfiture,* nous n'hésitons pas à considérer la faillite comme une cause de dissolution de la société. Il y a pour le décider ainsi un argument *a fortiori.* En ce sens Cass., 4 août 1880, Sir., 81. 1. 56. D'ailleurs on peut convenir que la société continuera malgré la faillite ou la déconfiture de l'un des associés, la disposition de l'art. 1865-4° n'étant pas d'ordre public. Cass., 10 mars 1885, Sir., 86. 1. 410.

6. *Impossibilité où se trouve l'un des associés de réaliser son apport.*

796. Il est essentiel à l'existence de la société que chaque associé ait une mise (*supra* n. 759). Donc toutes les fois que, par suite d'un événement quelconque, l'un des associés se trouvera empêché de réaliser son apport, la société sera dissoute. C'est ce qui résulte de l'art. 1867, ainsi conçu : « *Lorsque l'un des associés a promis de mettre en* » *commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise* » *en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous* » *les associés. — La société est également dissoute dans tous les cas par* » *la perte de la chose lorsque la jouissance seule a été mise en commun,* » *et que la propriété en est restée dans la main de l'associé. — Mais la* » *société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà* » *été apportée à la société* ».

Ce texte, dont la rédaction est assez défectueuse, distingue deux hypothèses.

Première hypothèse. L'un des associés a promis d'apporter à la société la propriété ou l'usufruit d'un corps certain. En règle générale, le droit de propriété ou le droit d'usufruit promis est acquis à la société, au moins entre les parties, par le seul effet du consentement (arg. art. 1138 et 1583, et *supra* n. 772). La société devient donc immédiatement propriétaire ou usufruitière, et les risques sont désormais à sa charge. De là il suit que, si la chose vient à périr par cas fortuit, elle périra pour le compte de la société, en ce sens que la société perdra le droit qu'elle avait acquis sur la chose. Quant à l'associé du chef duquel provenait la chose, il n'en conservera pas moins tous ses droits dans la société : son apport a été réalisé aussitôt que promis, et nous ne sommes pas par conséquent dans le cas prévu par l'art. 1867 al. 1, qui suppose que la chose périt *avant que la mise en soit effectuée.* Quand donc cette hypothèse se réalisera-t-elle? Toutes les fois que, la société n'ayant

pas pu devenir propriétaire par le seul effet du consentement, la chose aura péri avant que le transport de la propriété ait été effectué à son profit. On peut citer notamment le cas où un associé a promis à la société l'apport en propriété d'un corps certain appartenant à autrui et où ce corps certain périt avant que l'associé ait pu en faire l'acquisition, ou bien encore le cas où, l'associé ayant promis à la société sous une condition suspensive l'apport en propriété ou en usufruit d'un corps certain à lui appartenant, ce corps certain vient à périr *pendente conditione*. Dans ces deux cas, l'associé n'a pas réalisé son apport et ne peut plus le réaliser; il se trouve donc sans mise ; la société est dissoute.

Deuxième hypothèse. L'apport promis à la société par l'un des associés consiste en un droit personnel de jouissance. Ce n'est pas l'usufruit d'un corps certain que l'associé a promis à la société (ce cas rentrerait dans la première hypothèse) ; il s'est engagé à procurer à la société la jouissance d'un corps certain, à la *faire jouir :* de sorte que l'apport promis par l'associé est un apport successif ; il engendre à sa charge une obligation qui se répète chaque jour, *quotidie,* jusqu'à la fin de la société. Cela posé, il arrive que le corps certain, objet de l'obligation de l'associé, vient à périr. A dater de ce moment, l'associé se trouve dans l'impossibilité de procurer à la société la jouissance promise : il a réalisé son apport dans le passé, mais il ne peut plus le réaliser dans l'avenir ; il se trouve donc désormais sans mise, car celle qu'il a effectuée ne correspond qu'au temps passé ; aussi l'art. 1867 al. 2 déclare-t-il la société dissoute.

II. *Causes de dissolution de la société, qui n'opèrent pas de plein droit.*

1. *Volonté d'un ou de plusieurs associés.*

797. « *La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties* » *ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par* » *une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renoncia-* » *tion soit de bonne foi, et non faite à contre-temps* » (art. 1869).

« *La renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour* » *s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de reti-* » *rer en commun. — Elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne* » *sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit* » *différée* » (art. 1870).

2. *Sentence judiciaire prononçant la dissolution de la société pour une cause grave.*

798. « *La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par* » *l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de jus-* » *tes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements,* » *ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société,* » *ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à* » *l'arbitrage des juges* » (art. 1871).

Cpr. Cass., 15 mars 1881, Sir., 81. 1. 221.

§ II. *Partage du fonds social après la dissolution de la société.*

799. La société une fois dissoute, il faut la liquider et la partager. Le partage porte, non seulement sur le fonds social, mais aussi sur les

bénéfices réalisés, déduction faite toutefois de la portion qui, en exécution d'une clause des statuts, aurait été répartie entre les associés pendant la durée de la société.

Aux termes de l'art. 1872 : « *Les règles concernant le partage des » successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent » entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés* ».

Toutes les règles *de droit commun,* que la loi établit pour le partage des successions, sont applicables au partage des sociétés. On doit considérer comme telles : 1° les règles qui régissent la forme du partage; 2° celles qui sont destinées à établir et à maintenir l'égalité entre les copartageants : ce qui comprend notamment les règles relatives à la composition des lots (art. 826 et 832), à la garantie en cas d'éviction (art. 884 et s.) et à la rescision pour cause de lésion (art. 887 et s.); 3° le principe que le partage est déclaratif de propriété (art. 883). Cpr. Cass., 8 février 1882, Sir., 82. 1. 224.

Mais on n'appliquerait pas au partage des sociétés les règles du partage des successions, qui peuvent être considérées comme formant un *droit d'exception,* notamment la disposition de l'art. 841 relative au retrait successoral, celle de l'art. 792, celle de l'art. 856 (Cass., 24 février 1879, Sir., 79. 1. 169) et peut-être celle de l'art. 882, en tant qu'il déroge aux règles ordinaires de l'action paulienne.

Appendice. — De la communauté.

800. La communauté est un état voisin de la société; mais il y a entre l'une et l'autre des différences profondes. La communauté *naît, vit* et *meurt* dans des conditions tout autres que la société.

a. — Au point de vue de la formation tout d'abord, nous voyons que le consentement des parties est un élément essentiel de la société, tandis qu'il n'est pas un élément essentiel de la communauté. Sans doute il peut arriver que la communauté ait sa source dans le consentement des parties, par exemple si deux personnes achètent un immeuble en commun, sans avoir l'intention de contracter une société ; mais ce sera l'exception : le plus souvent le lien de la communauté naîtra indépendamment du consentement des communistes, comme il arrive entre colégataires d'une même chose ou entre cohéritiers. La communauté repose bien en pareil cas sur un fait volontaire des communistes, l'acceptation de l'hérédité ou du legs, mais non sur leur consentement, c'est-à-dire sur le concours de leurs volontés dans un même but. Il y a quasi-contrat, et non contrat. Ainsi nous pouvons résumer notre première différence en disant : la société est toujours un contrat ; la communauté n'a qu'accidentellement ce caractère, elle constitue normalement un quasi-contrat.

b.— La société constitue un état *actif :* elle a une vie laborieuse, agitée, tourmentée quelquefois, pour arriver au but proposé qui est la réalisation d'un profit. Le législateur a vu en elle un des facteurs les plus actifs du développement des fortunes particulières et par suite de l'augmentation de la richesse publique qui n'est que la somme des richesses privées. Aussi la favorise-t-il, notamment en permettant de lui assigner une durée très longue : toute la vie des associés, tout le temps que doit durer l'entreprise... La communauté au contraire constitue un état purement *passif:* loin de favoriser l'accroissement de la richesse, elle est le plus souvent une cause d'arrêt dans la production; sans compter qu'elle engendre de nombreux procès, *discordias solet parere communio.* Aussi le législateur ne la considère-t-il que comme un état transitoire qui doit prendre fin le plus promptement possible. Il semble ne la tolérer que comme un mal nécessaire, et ne permet pas aux communistes de s'obliger à rester pendant plus de cinq ans dans les liens de l'indivision qui est sa

compagne obligée (art. 815). En deux mots, le législateur favorise l'essor de la société qui est une source de richesses; il voit au contraire d'un œil défavorable la communauté qui n'est qu'une source de procès. Aussi, tandis qu'il ratifie volontiers les conventions que font les parties en vue d'assurer une longue existence à la société, il proscrit toute convention qui tendrait à perpétuer la communauté.

c. — La société prend fin par la mort de l'un des associés, par son interdiction, par sa déconfiture. La communauté survit à ces événements. La raison en est que la société est contractée *intuitu personæ,* et par suite les événements, qui frappent l'un de ses membres dans sa vie, dans ses facultés intellectuelles ou dans sa fortune, font trébucher l'équilibre social et en amènent la rupture. Tandis que, dans la communauté, qui le plus souvent résulte d'un fait étranger à la volonté commune des parties, c'est l'élément de la copropriété qui domine ; or la propriété ne reçoit aucune atteinte des événements qui frappent le propriétaire dans sa personne.

Mais si, à ce point de vue, la communauté est plus résistante que la société, elle l'est moins sous d'autres aspects. Notamment chaque communiste peut demander quand il lui plaît qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage (art. 815), tandis qu'un associé n'a pas ce droit : il est obligé de subir l'indivision tant que dure la société, sauf les cas rares où il lui est permis de demander à la justice qu'elle en prononce la dissolution anticipée.

TITRE X

Du prêt.

801. Définition. — Le prêt est un contrat par lequel l'une des parties (le prêteur) livre une chose à l'autre (l'emprunteur), qui acquiert le droit de s'en servir, à charge de restitution lors de l'expiration du temps convenu.

On voit par cette définition :

1° Que le prêt est un contrat réel, c'est-à-dire un contrat *qui re perficitur,* qui ne devient parfait que par la *prestation* de la chose : ce qu'indique d'ailleurs le nom même du contrat, dérivé du mot latin *præstare.* C'est par la force même des choses que le prêt a ce caractère; en effet l'obligation qu'il engendre est une obligation de *restituer;* or on ne peut être tenu de restituer qu'autant qu'on a reçu. Aussi n'est-ce pas seulement dans notre droit, mais dans toutes les législations possibles, que le contrat de prêt est réel.

Toutefois, s'il ne peut y avoir prêt tant que la tradition de la chose objet du contrat n'a pas été effectuée, il peut y avoir avant cette tradition une promesse obligatoire de prêt. Ainsi un ami m'écrit pour me demander de lui prêter 10,000 fr.; je lui réponds que je m'engage à lui prêter cette somme dans quinze jours, qu'il peut y compter. Cette promesse m'oblige; et, si je refuse de l'exécuter volontairement, l'exécution forcée pourra en être obtenue contre moi par les voies de droit. Mais il n'y aura prêt que lorsqu'en exécution de la promesse les fonds

auront été versés, et c'est seulement à dater de ce moment que l'emprunteur sera obligé.

2° Que le prêt est un contrat unilatéral. Il n'engendre en effet d'obligation que d'un seul côté, du côté de l'emprunteur qui s'oblige à restituer. Quant au prêteur, il ne contracte aucune obligation ; il se borne à accomplir un fait, il *preste* la chose à l'emprunteur. Avant que cette prestation soit effectuée, il n'y a pas encore prêt ; au moment où elle s'effectue le contrat se forme, et nous voyons que l'emprunteur se trouve immédiatement obligé envers le prêteur, mais celui-ci n'est nullement obligé envers le premier. L'appoint, que chaque partie apporte dans le contrat, consiste donc en une prestation d'une part, en une obligation de l'autre.

802. Distinction du prêt à usage et du prêt de consommation. — Nous avons dit que le prêteur acquiert le droit de se servir de la chose, d'en user : c'est précisément le but qu'il se propose en empruntant. Mais il y a plusieurs manières d'user des choses. Tel usage n'altèrera pas la substance de la chose ; tel autre la détruira. J'ai emprunté des pièces de bois. Si je m'en sers pour étayer ma maison, j'en ferai un usage qui pourra ne pas les altérer. Il en sera autrement, si je les emploie comme bois de chauffage.

Quel usage l'emprunteur a-t-il le droit de faire de la chose ? Tout dépend de l'intention des parties.

S'il a été entendu que l'emprunteur n'aura le droit de se servir de la chose que pour un usage déterminé qui n'en altère pas la substance, et qu'il devra ensuite la restituer dans son identique individualité, on est dans l'hypothèse du *prêt à usage* ou *commodat*. Le prêteur reste propriétaire, et l'emprunteur devient débiteur d'un corps certain.

Si au contraire il a été convenu que l'emprunteur pourra faire de la chose un usage définitif, un usage qui ne sera plus susceptible de se renouveler, *abusus,* alors il en devient propriétaire, car il faut être propriétaire d'une chose pour pouvoir en disposer ou la consommer, et il devra restituer, non pas la chose même qu'il a reçue, mais une chose ou des choses semblables. C'est l'hypothèse du *prêt de consommation, mutuum,* qui transfère la propriété à l'emprunteur et le rend débiteur d'une quantité.

Ainsi il existe deux variétés de prêt : le prêt à usage ou commodat, qui oblige l'emprunteur à restituer la chose même qu'il a reçue, après en avoir retiré l'usage convenu, et le prêt de consommation, ou de consomption, comme dit Pothier, qui rend l'emprunteur propriétaire, sous l'obligation de restituer des choses semblables à celles qu'il a reçues.

803. Nous avons dit que c'est la volonté des parties qui détermine la

nature du prêt. Comment connaîtra-t-on cette volonté ? Si les parties l'ont exprimée, il n'y aura pas de difficulté. Dans le cas contraire, les circonstances de la cause serviront à la découvrir. Parmi ces diverses circonstances, l'une des plus importantes à considérer est la nature de la chose objet du prêt. Presque toujours, dans l'intention des parties, le prêt qui porte sur une chose non consomptible, par exemple une montre, un cheval, de l'argenterie, sera un prêt à usage; presque toujours au contraire celui qui a pour objet des choses consomptibles, comme de l'argent, des denrées, sera un prêt de consommation. C'est en se plaçant à ce point de vue que l'art. 1874 dispose : « *Il y a deux* » *sortes de prêt : — Celui des choses dont on peut user sans les détruire,* » *— Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. —* » *La première espèce s'appelle* prêt à usage *ou* commodat; *— La* » *deuxième s'appelle* prêt de consommation, *ou simplement* prêt ».

Ce texte revient à dire : Le prêt à usage est celui qui a pour objet des choses non consomptibles; le prêt de consommation, celui qui a pour objet des choses consomptibles.

Mais cette formule n'est pas d'une exactitude rigoureuse. En effet il peut arriver exceptionnellement, parce que telle est la volonté des parties, qu'un prêt ayant pour objet des choses consomptibles soit un commodat, et en sens inverse qu'un prêt ayant pour objet des choses non consomptibles soit un prêt de consommation. C'est ce que nous allons démontrer, et nous prouverons du même coup qu'à la formule de la loi il aurait fallu substituer celle-ci : « Le prêt à usage est celui qui a pour objet des choses non fongibles; le prêt de consommation celui qui a pour objet des choses fongibles ». Le législateur a confondu les choses consomptibles avec les choses fongibles.

Nous disons d'abord qu'un prêt ayant pour objet des choses consomptibles peut exceptionnellement être un commodat. Pothier cite comme exemple le cas où un comptable de deniers publics, qui a un déficit dans sa caisse, emprunte à un ami, au moment où un inspecteur va passer, la somme nécessaire pour combler le déficit, à la charge de restituer les mêmes espèces identiquement, aussitôt la vérification faite.

Nous avons ajouté que le prêt qui porte sur des choses non consomptibles peut exceptionnellement être un prêt de consommation. Ainsi un libraire, auquel on demande un livre qu'il n'a pas dans son magasin, en emprunte un exemplaire à son confrère pour ne pas manquer la vente. C'est un prêt de consommation; car l'intention commune des parties a été que le libraire emprunteur restituât, non pas l'exemplaire même qui lui a été livré, mais un exemplaire semblable.

On voit en résumé que le prêt de consommation est celui qui a pour objet des choses fongibles, c'est-à-dire des choses que les parties considèrent au point de vue de leur espèce plutôt qu'à celui de leur individu, *quarum una alterius vice fungitur;* l'emprunteur deviendra propriétaire de la chose reçue et en restituera une semblable. Au contraire, le prêt à usage est celui qui a pour objet des choses *non fongibles;* le prêteur demeurera propriétaire de la chose prêtée, et l'emprunteur devra la restituer dans son identique individualité, après en avoir retiré l'usage convenu. Cette formule est plus exacte que celle de l'art. 1874, qui, se plaçant à un point de vue empirique, s'attache, pour distinguer les deux variétés de prêt, à cette circonstance que la chose qui en fait l'objet est ou non *consomptible;* c'est *fongible* qu'il aurait fallu dire.

804. La question de savoir si, dans telle hypothèse déterminée, il

y a prêt à usage ou prêt de consommation, présente une très grande importance au point de vue des risques. Dans le prêt à usage, l'emprunteur est débiteur d'un corps certain, et par suite les risques sont à la charge du prêteur demeuré propriétaire; dans le prêt de consommation, au contraire, l'emprunteur devenu propriétaire est débiteur d'une quantité, et par suite les risques sont pour son compte.

CHAPITRE PREMIER

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT

SECTION PREMIÈRE

DE LA NATURE DU PRÊT A USAGE

805. Définition. — « *Le prêt à usage ou commodat est un contrat » par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, » à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* » (art. 1875). Le prêteur ne peut pas exiger la restitution de sa chose avant l'expiration du temps expressément ou tacitement accordé à l'emprunteur pour s'en servir. Le commodat diffère par là du *précaire,* dans lequel tout est laissé à la discrétion du prêteur qui peut à tout instant reprendre sa chose.

806. Aux termes de l'art. 1879 : « *Les engagements qui se forment » par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héri- » tiers de celui qui emprunte. — Mais si l'on n'a prêté qu'en considéra- » tion de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne » peuvent continuer de jouir de la chose prêtée* ».

Que les héritiers du prêteur soient liés par le contrat, et qu'en conséquence ils ne puissent pas réclamer la restitution de la chose prêtée, avant l'expiration du temps expressément ou tacitement accordé à l'emprunteur pour s'en servir, cela allait de soi. Mais il était plus douteux que les héritiers de l'emprunteur dussent être appelés à recueillir le bénéfice du commodat ; car ce contrat semble bien être du nombre de ceux qui sont faits *intuitu personæ.* Cependant l'art. 1879 paraît ne lui reconnaître qu'exceptionnellement ce caractère, puisqu'il établit en principe que le contrat profitera aux héritiers de l'emprunteur. Une disposition inverse nous aurait semblé plus rationnelle. En d'autres termes, nous croyons qu'il eût été préférable de décider en principe que le prêt est personnel de sa nature, que par suite les héritiers de l'emprunteur ne pourront pas continuer à jouir de la chose prêtée, à moins qu'ils ne prouvent que le prêt n'a pas été fait en considération de la personne de leur auteur.

807. Quelles choses peuvent faire l'objet d'un prêt à usage. — « *Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par » l'usage, peut être l'objet de cette convention* » (art. 1878). Les immeubles eux-mêmes peuvent faire l'objet d'un commodat : ainsi je puis prêter ma cave à un voisin pour y déposer des marchandises.

Il n'est pas nécessaire que le prêteur soit propriétaire de la chose prêtée. Ainsi je puis prêter à usage une chose dont j'ai seulement l'usufruit.

Les auteurs ajoutent qu'on peut même prêter à usage la chose d'autrui. Cette proposition ne signifie pas qu'un semblable prêt soit opposable au propriétaire; évidemment il est pour lui *res inter alios acta.* On veut dire seulement que le contrat est valable dans les rapports du prêteur et de l'emprunteur, et que par conséquent il fait naître entre les parties les obligations résultant du prêt (art. 1880 et s.).

Le plus souvent le prêt à usage est fait par le propriétaire, et c'est en vue de cette supposition que l'art. 1877 dispose : « *Le prêteur demeure propriétaire de la chose* » *prêtée* ».

808. Le prêteur à usage ne conserve pas seulement la propriété de la chose prêtée; il en conserve aussi la possession. Le commodataire n'est qu'un possesseur précaire; son titre implique en effet la reconnaissance du droit d'autrui : il possède, non pas *sibi,* mais bien *alii;* aussi est-il du nombre de ceux qui, aux termes de l'art. 2236, « ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit ».

* Si le prêteur n'est pas propriétaire, il conserve sur la chose le droit qui lui appartenait. Ainsi un voleur prête la chose qu'il a volée; il continue à la posséder par l'intermédiaire de l'emprunteur, et il pourra se prévaloir de cette possession pour arriver à la prescription, qui ne s'accomplirait ici à son profit que par trente ans, sa mauvaise foi ne lui permettant pas d'invoquer l'art. 2279.

809. Nature du prêt à usage. — Le prêt à usage appartient à la famille des contrats *de bienfaisance* (arg. art. 1105). « *Ce prêt est* » *essentiellement gratuit* », dit l'art. 1876. Si le prêteur stipule de l'emprunteur quelque prestation comme contre-valeur de l'avantage qu'il lui procure, la convention ne sera pas nulle pour cela, mais elle ne constituera plus un commodat : ce sera un louage, si la rémunération stipulée consiste dans une somme d'argent, un contrat innommé, si elle consiste en toute autre prestation.

810. Capacité requise pour le prêt à usage. — « Toute personne jouissant de l'administration de sa fortune, disent MM. Aubry et Rau, est capable de prêter ou d'emprunter à titre de commodat dans les conditions ordinaires de ce contrat ».

SECTION II

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR

811. Le prêt à usage fait naître à la charge de l'emprunteur trois obligations principales.

Première obligation. « *L'emprunteur est tenu de veiller en bon père* » *de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée* » (art. 1880, 1er partie). L'emprunteur est donc tenu de la *culpa levis in abstracto.* C'est le droit commun. Cpr. t. II, n. 865. L'art. 1882 vient toutefois aggraver cette responsabilité dans une certaine mesure, ainsi que nous l'avons expliqué. V. t. II, n. 867.

Deuxième obligation. L'emprunteur ne peut se servir de la chose que pendant le temps convenu, et seulement pour l'usage déterminé par la convention expresse ou tacite des parties. Quand la convention sera expresse, il n'y aura pas de difficulté. La convention tacite sera

révélée par les faits et circonstances de la cause. Les principaux sont : 1° la nature de la chose : ainsi, je vous prête un cheval de selle ; vous aurez le droit de le monter, mais non de l'atteler ; 2° la profession de l'emprunteur : par exemple, si je prête ma charrette à un cultivateur, il pourra s'en servir pour transporter du fumier ; mais, si je la prête à un marchand de comestibles, il n'aura pas le droit de l'employer à cet usage.

Tout ce que nous venons de dire est contenu en substance dans la deuxième partie de l'art. 1880, qui formule en outre une sanction sur laquelle nous allons avoir à nous arrêter un instant. « *Il* [l'emprunteur] » *ne peut s'en servir* [de la chose prêtée] *qu'à l'usage déterminé par sa* » *nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y* » *a lieu* ». Les mots *s'il y a lieu* signifient : si l'usage abusif de la chose par l'emprunteur a causé un préjudice au prêteur. Le droit romain et notre ancien droit avaient établi une sanction plus sévère : le commodataire, qui usait de la chose contrairement aux termes de la convention, se rendait coupable d'un vol d'usage, *furtum usus*. Notre loi moderne ne connaît plus le vol d'usage.

Troisième obligation. L'emprunteur doit restituer la chose après en avoir fait l'usage convenu, ou même avant de s'en être servi, si le prêt a été fait pour un certain temps et que ce temps soit écoulé.

* Pour obtenir la restitution de la chose prêtée, le prêteur a dans tous les cas une action personnelle née du prêt. Cette action ne peut être exercée que contre l'emprunteur et ses ayant cause universels (arg. art. 1165) ; elle se prescrit par trente années (arg. art. 2262).

* En outre, si le prêteur est propriétaire de la chose prêtée, il peut la réclamer par l'action en revendication ; car le prêt ne lui fait pas perdre son titre de propriétaire, ni les avantages attachés à ce titre. L'action en revendication du prêteur peut être exercée, non seulement contre l'emprunteur et ses ayant cause universels, mais aussi contre les tiers détenteurs. Le défendeur, quel qu'il soit, ne peut y échapper qu'autant qu'il est en mesure d'invoquer la prescription acquisitive. C'est dire que l'action pourra réussir même après trente ans contre l'emprunteur ou ses héritiers, qui ne peuvent prescrire par quelque laps de temps que ce soit, à cause de la précarité de leur possession (arg. art. 2236 et 2237). Autre est la situation du tiers détenteur : il prescrit d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire, suivant les cas, soit par trente ans (art. 2262), soit par dix à vingt ans (art. 2265). Il peut même invoquer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279), s'il a juste titre et bonne foi et qu'il s'agisse d'un objet mobilier corporel. Dans tous ces cas, l'action en revendication du prêteur pourra se trouver paralysée.

812. Aux termes de l'art. 1887 : « *Si plusieurs ont conjointement* » *emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers* » *le prêteur* ».

813. L'emprunteur est-il responsable de la perte de la chose ou des détériorations qu'elle a subies pendant qu'elle était en sa possession ?

Si la perte ou les détériorations sont le résultat d'une faute commise

par l'emprunteur, il va de soi qu'il en est responsable : c'est le droit commun. Nous savons que l'emprunteur est tenu de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, de la *culpa levis in abstracto.*

Les détériorations, que la chose a subies par suite de l'usage régulier qu'en a fait l'emprunteur, ne sont pas considérées comme lui étant imputables à faute; aussi l'art. 1884 l'affranchit-il de toute responsabilité de ce chef : « *Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage* » *pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de* » *l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration* ».

814. Que décider quant aux pertes et aux détériorations résultant d'un cas fortuit ou de force majeure ? En principe, l'emprunteur n'en est pas responsable : c'est le droit commun, *nemo præstat casus fortuitos.* Nous croyons que cette solution doit être maintenue, même dans le cas où la chose prêtée ne se serait trouvée exposée au cas fortuit qui l'a fait périr que par suite de l'usage qu'en a fait l'emprunteur. En se servant de la chose pour l'usage convenu, l'emprunteur ne fait qu'user de son droit, et il ne peut encourir aucune responsabilité de ce chef.

Par exception, l'emprunteur répond des cas fortuits dans les hypothèses suivantes.

1° S'il s'en est chargé par une stipulation expresse ou tacite. L'estimation, que les parties, d'un commun accord, font de la chose prêtée, au moment du prêt, est considérée comme emportant convention tacite que l'emprunteur répondra des cas fortuits : « *Si la chose a* » *été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit,* » *est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire* » (art. 1883).

L'estimation dont parle notre article a pu être faite dans le but unique de déterminer le montant de l'indemnité que devra payer l'emprunteur, s'il fait périr la chose par sa faute. Peut-être aussi les parties ont-elles voulu en outre mettre la chose aux risques de l'emprunteur ; la clause qui contient l'estimation signifie alors : « Si la chose périt par la faute de l'emprunteur *ou même par cas fortuit,* l'emprunteur devra en payer la valeur estimative, que les parties fixent d'un commun accord à la somme de... ». C'est dans ce dernier sens que la loi interprète la clause, lorsque les parties ne se sont pas expliquées.

On a donné une très fausse explication de l'art. 1883, en disant que l'estimation de la chose prêtée la met aux risques de l'emprunteur, parce qu'elle emporte vente au profit de celui-ci et que dans la vente les risques de la chose vendue sont à la charge de l'acheteur. Nous sommes en présence d'un commodat ; or il est de l'essence de ce contrat que la propriété de la chose reste au prêteur.

2° L'emprunteur répond de la perte ou des détériorations résultant d'un cas fortuit, lorsque ce cas fortuit a été précédé d'une faute par lui commise, sans laquelle la chose ne s'y serait pas trouvée exposée. Nous rattachons à ce principe les dispositions des art. 1881 et 1882 que nous allons analyser.

815. Commençons par l'art. 1882. Il est ainsi conçu : « *Si la chose* » *prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en* » *employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des* » *deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre* ».

L'emprunteur fait un usage indû de la chose prêtée, quand il pourrait se servir utilement de la sienne; car le prêt n'a pas eu pour but de lui permettre de ménager sa chose en employant celle du prêteur; il est donc en faute. La chose prêtée ayant péri, on le suppose, par un cas fortuit dont elle eût été préservée si l'emprunteur eût employé la sienne, celui-ci devait être déclaré responsable de la perte, qui est en définitive une conséquence indirecte de sa faute.

Il en est de même dans le second cas prévu par l'art. 1882. La chose prêtée et une autre chose appartenant à l'emprunteur sont en danger de périr par suite d'un même cas fortuit, une inondation par exemple; ne pouvant sauver que l'une des deux choses, l'emprunteur sauve la sienne. Il sera responsable de la perte de l'autre, parce qu'il est en faute de ne pas l'avoir sauvée. En effet, tenu envers le prêteur, qui lui a procuré un avantage purement gratuit, du devoir de reconnaissance, l'emprunteur devait se préoccuper d'abord des intérêts du prêteur. Il a donc manqué aux lois de la délicatesse en mettant ses propres intérêts au premier plan. Ce ne serait pas une faute dans un contrat ordinaire; c'en est une ici, à cause du caractère particulier du commodat qui est un contrat de bienfaisance.

Et toutefois, il n'y a faute de la part de l'emprunteur qu'autant qu'il a *préféré* sauver sa propre chose : ce qui suppose qu'il a pu choisir entre sa chose et celle du prêteur. Si donc, au milieu du désordre et du tumulte causé par un cas de force majeure, l'emprunteur a pris, pour les sauver, tous les objets qui se sont présentés sous sa main, et que la chose prêtée ne se soit pas trouvée comprise dans le lot formé par le hasard autant et plus que par la volonté de l'emprunteur, il ne sera pas responsable de la perte. Mais s'il a librement choisi sa propre chose, nous croyons qu'il n'échappera pas à la responsabilité que la loi lui inflige, en prouvant qu'elle était d'une valeur plus considérable que la chose prêtée, bien qu'en la sauvant de préférence il n'ait fait que ce qu'aurait fait un bon père de famille. C'était la solution admise par Pothier, et c'est celle que paraît commander encore la généralité des termes de la loi. Cpr. t. II, n. 867.

Ainsi, dans les deux cas prévus par l'art. 1882, l'emprunteur est déclaré responsable de la perte fortuite, parce qu'elle a été occasionnée par une faute de sa part, sans laquelle la chose n'aurait pas été exposée au cas fortuit ou y aurait échappé.

816. Nous croyons, quoique ce ne soit pas aussi certain, que l'art. 1881 doit être considéré comme se rattachant au même principe.

Voici tout d'abord le texte : « *Si l'emprunteur emploie la chose à un* » *autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu* » *de la perte arrivée, même par cas fortuit* ». L'emprunteur, qui emploie

la chose à un autre usage ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, commet une faute. Si la chose prêtée périt par suite d'un cas fortuit, auquel elle ne se serait pas trouvée exposée sans cette faute, alors la perte est la conséquence au moins indirecte de la faute de l'emprunteur, et il est juste de l'en rendre responsable. Mais on ne voit pas trop comment l'emprunteur pourrait être déclaré responsable, s'il n'existe aucun lien entre la faute qu'il a commise et le cas fortuit qui a fait périr la chose. Aussi croyons-nous que l'article sous-entend que ce lien doit exister. En d'autres termes, il nous paraît que l'emprunteur, qui est en faute pour avoir employé la chose à un autre usage ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, pourrait échapper à la responsabilité de la perte par cas fortuit, en démontrant que la chose eût péri alors même qu'il n'aurait pas commis la faute. Ainsi, ayant emprunté un cheval pour un voyage déterminé, je lui fais faire un autre voyage, l'employant ainsi à un autre usage que celui pour lequel il m'a été prêté; ou bien, ayant emprunté un cheval pour huit jours, je continue à m'en servir après l'expiration du délai. L'animal périt par cas fortuit. Si c'est par le feu du ciel, je serai responsable de la perte; car l'animal n'aurait pas été victime de ce cas fortuit, si je l'avais employé pour faire le voyage convenu ou si j'avais cessé de m'en servir après l'expiration du temps fixé. Mais, si l'animal est mort subitement d'une maladie qui l'aurait aussi bien fait périr dans son écurie, je ne serai pas responsable.

Et toutefois cette interprétation est contestée : plusieurs pensent que l'article doit être entendu comme rendant l'emprunteur responsable de tous les cas fortuits indistinctement, même de ceux qui n'ont aucun lien avec la faute commise. Nous ne nous expliquerions pas que la loi eût déployé une pareille rigueur contre l'emprunteur, d'autant plus que bien souvent il aura pu penser que le prêteur ne désavouerait pas sa conduite.

* **817.** La faute, que prévoit l'art. 1881 et à raison de laquelle l'emprunteur est rendu responsable du cas fortuit, consiste, soit à s'être servi de la chose pour un usage autre que celui qui était convenu, soit à en avoir usé après l'expiration du temps fixé. La loi ne prévoit pas le cas où l'emprunteur, après s'être servi de la chose pour l'usage convenu, la garderait au delà du temps fixé, sans continuer à s'en servir, le cas en d'autres termes où il n'y aurait rien autre à lui reprocher qu'un retard dans la restitution. Cette hypothèse resterait donc de tous points soumise aux règles du droit commun, c'est-à-dire que l'emprunteur ne deviendrait responsable des cas fortuits qu'à partir du moment où il aurait été mis en demeure de restituer; et encore ne répondrait-il que de ceux qui seraient une conséquence de sa demeure. — Il y a sur ce point une grande confusion dans les explications des auteurs. La plupart se demandent, d'une manière générale, s'il est nécessaire que l'emprunteur soit mis en demeure pour qu'on puisse lui appliquer l'art. 1881. La question n'a pas de sens, parce qu'on ne peut songer à mettre en demeure qu'un débiteur qui est en retard d'exécuter son obligation et qu'on veut rendre responsable de toutes les conséquences préjudiciables de son retard. Or, dans les cas prévus par l'art. 1881, l'emprunteur peut n'être pas en retard; et, s'il est en retard, on ne le recherche pas à raison de son retard, mais à raison d'une faute qui consiste à avoir employé la

chose à un autre usage que celui qui était convenu ou à s'en être servi après l'expiration du temps fixé. Il ne peut donc pas être question de mettre le débiteur en demeure.

SECTION III

DES ENGAGEMENTS DE CELUI QUI PRÊTE A USAGE

818. 1° Le prêteur doit n'apporter aucun obstacle à l'exercice du droit, qui appartient à l'emprunteur, de faire usage de la chose pendant le temps expressément ou tacitement convenu. Mais il n'est pas obligé de le *faire jouir,* ni même de le faire user de la chose. C'est ce qui résulte de l'art. 1888 : « *Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* ». Ainsi, je vous prête une cuve pour faire cuver vos raisins ; je ne pourrai la reprendre que lorsque le vin sera fait.

L'art. 1889 ajoute : « *Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre* ».

819. 2° « *Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser* » (art. 1890).

Mais les dépenses *ordinaires,* qui sont une charge naturelle du service que l'emprunteur retire de la chose, demeurent à sa charge, alors même qu'elles seraient nécessaires pour la conservation de la chose. « *Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense* », dit l'art. 1886, « *il ne peut pas la répéter* ». « Par exemple, dit Pothier, si je vous ai prêté mon cheval pour faire un voyage, vous êtes obligé de le nourrir et de l'entretenir de fers à vos dépens, cette dépense ordinaire étant une charge de la jouissance que vous en avez ».

Le jurisconsulte d'Orléans écrit un peu plus loin (*Prêt à usage,* n. 82) : « L'emprunteur, pour le remboursement qui lui est dû des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée, a un privilège sur cette chose pour ses impenses; il a même le droit de la retenir, *veluti quodam pignoris jure,* jusqu'à ce que le prêteur qui demande la restitution de la chose les lui ait remboursées ». Ainsi Pothier accorde ici à l'emprunteur un privilège, et, comme auxiliaire de ce privilège, un droit de rétention. Notre législateur a maintenu le privilège (au moins lorsque la chose prêtée est mobilière, ce qui arrive presque toujours; voyez l'art. 2102-3°). A-t-il maintenu aussi le droit de rétention ? Aucun texte ne le consacre. De là controverse.

Parmi ceux qui veulent que le droit de rétention ne soit pas accordé à l'emprunteur, quelques-uns invoquent l'art. 1885, qui selon eux aurait été écrit tout exprès pour refuser ce droit à l'emprunteur. Ce texte est ainsi conçu : « *L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit* ».

Nous croyons que l'art. 1885 est tout à fait étranger au droit de rétention ; il

parle de *compensation,* et n'est à notre avis qu'une répétition inutile d'une disposition inutile elle-même, de l'art. 1293-2°. Si le législateur avait écrit ce texte, comme on le prétend, en vue de refuser à l'emprunteur le droit de rétention, que Pothier lui accordait pour les dépenses nécessaires faites en vue de conserver la chose, il l'aurait vraisemblablement placé, non dans la section consacrée aux obligations de l'emprunteur, mais dans celle qui a trait aux engagements du prêteur, à la suite de l'art. 1890 dont il aurait formé le complément naturel.

L'art. 1885 doit donc être écarté du débat. Nous essaierons de démontrer (*infra* n. n. 1053 et s.) que le droit de rétention ne peut pas être accordé en principe en dehors des cas expressément prévus par la loi. La raison majeure en est que le droit de rétention, étant, d'après l'opinion générale, réel et par suite opposable aux tiers, engendre en définitive un droit de préférence analogue au privilège, et il n'y a pas de privilège sans texte. Mais le motif même de cette solution permet peut-être d'y faire exception pour le cas qui nous occupe. Nous venons de dire que l'emprunteur a un privilège pour le remboursement des impenses extraordinaires de conservation qu'il a été forcé de faire (art. 2102-3°); il ne s'agit de lui accorder le droit de rétention que comme auxiliaire de ce privilège. Dans ces conditions, nous ne voyons nulle impossibilité juridique à le lui concéder par argument d'assez nombreuses dispositions législatives qui le consacrent dans des cas analogues et notamment de l'art. 1948.

820. 3° « *Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse* » *causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il* » *connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur* » (art. 1891).

Ainsi je vous prête sciemment un cheval morveux, sans vous prévenir de la maladie dont l'animal est atteint; il la communique, ainsi qu'il était facile de le prévoir, à vos chevaux avec lesquels vous le mettez en contact, et tous meurent. Je serai responsable envers vous de ce préjudice, car il résulte de ma faute et même de mon dol.

821. Il reste un nuage à dissiper. Nous avons dit que le prêt à usage est unilatéral; or nous venons de voir que le code civil reconnaît l'existence d'obligations, non seulement à la charge de l'emprunteur, mais aussi à la charge du prêteur. N'est-ce pas dire que le prêt à usage est un contrat synallagmatique (art. 1102)? Voici le mot de l'énigme. Sans doute le prêteur peut être tenu d'obligations envers l'emprunteur; mais elles ne résultent pas du contrat de prêt. Ce contrat ne rentre donc pas dans la définition de l'art. 1102 : « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral » lorsque les contractants *s'obligent* réciproquement les uns envers les autres ». Au moment où le contrat se forme, l'emprunteur *s'oblige* bien envers le prêteur, mais celui-ci ne *s'oblige* pas envers l'emprunteur. Pour s'en convaincre, il suffit de passer en revue les obligations que la loi met à la charge du prêteur. L'obligation de rembourser à l'emprunteur certaines dépenses qu'il a faites à l'occasion de la chose prêtée ne naît pas du contrat, mais de faits postérieurs qui peuvent ne pas se produire. Quant à l'obligation consacrée par l'art. 1891, nous venons de dire qu'elle a sa source, non dans le prêt, mais dans le dol du prêteur. Il reste l'obligation de ne pas retirer la chose avant le terme convenu; celle-là est de nature à faire hésiter un instant, car elle semble bien résulter du contrat. Mais, si l'on va au fond des choses, on voit qu'elle n'est autre que l'obligation, qui s'impose à tout homme, de respecter le contrat qu'il a fait, de ne pas commettre de dol envers son semblable : le prêteur se rendrait coupable d'un dol envers l'emprunteur, si, après lui avoir livré une chose en l'autorisant à s'en servir, il allait la lui retirer immédiatement. En définitive, la situation est celle-ci : jusqu'à l'expiration du temps fixé par la con-

vention, la loi refuse toute action au prêteur pour rentrer en possession de sa chose, et le droit commun lui défend de se mettre en possession de sa propre autorité par des voies de fait. Peut-on dire qu'il y ait là une obligation résultant du contrat ?

CHAPITRE II

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT

SECTION PREMIÈRE

DE LA NATURE DU PRÊT DE CONSOMMATION

822. Définition. « *Le prêt de consommation est un contrat par* » *lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses* » *qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui* » *en rendre autant de même espèce et qualité* » (art. 1892).

= *Livre.* Donc le prêt de consommation, comme d'ailleurs le prêt à usage, est un contrat réel, *qui re perficitur.*

La livraison faite à l'emprunteur lui transfère la propriété. On aurait pu exprimer cette idée dans la définition (art. 1892), en substituant le mot *donne* au mot *livre.* Le législateur a préféré dire la chose tout au long dans l'art. 1893, peut-être pour avoir l'occasion de déduire de cette prémisse une conséquence relative aux risques, qui aurait pu facilement à notre avis être laissée à l'état de sous-entendu. « *Par l'effet de ce prêt* », dit l'art. 1893, « *l'emprunteur devient le pro-* » *priétaire de la chose prêtée; et c'est pour lui qu'elle périt de quelque* » *manière que cette perte arrive* ».

La tradition, nécessaire pour que le prêt existe, peut résulter du seul consentement des parties, si l'emprunteur se trouve déjà en possession : par exemple si je déclare vous prêter de l'argent que je vous ai confié en dépôt.

* D'après plusieurs auteurs, le prêt de consommation cesserait d'être un contrat réel, lorsqu'il s'applique à une chose déterminée. Ainsi j'ai promis de vous prêter *la barrique de vin qui est dans ma cave,* à la charge par vous de m'en restituer une semblable dans un an. Cette promesse, dit-on, équivaut à ceci : je m'oblige à vous transférer à titre de prêt la propriété de ma barrique de vin ; or, aux termes de l'art. 1138, la promesse de transférer la propriété opère de plein droit translation de la propriété; donc l'emprunteur devient immédiatement propriétaire, et par suite les risques sont pour son compte : le prêt deviendrait un contrat consensuel dans cette hypothèse particulière.

* Nous croyons que le prêt est toujours un contrat réel; par conséquent, dans l'hypothèse proposée, l'emprunteur ne deviendra propriétaire et les risques ne seront pour son compte qu'à partir de la tradition. A l'art. 1138 nous opposons l'art. 1893, qui déclare très positivement que l'emprunteur ne devient propriétaire que *par l'effet du prêt.* C'est là une disposition spéciale, qui déroge à la règle générale de l'art. 1138 : *specialia generalibus derogant.* La dérogation d'ailleurs est bien facile à justifier, et à vrai dire il était presque inutile de la formuler. Car, en déclarant que la propriété est transférée par le seul effet du consentement, indépendamment de toute tradition (art. 1138), la loi ne fait qu'interpréter la volonté des parties; or ont-elles pu vouloir, dans l'espèce proposée, que l'emprunteur devînt immédiatement proprié-

taire? Admettons pour un moment d'ailleurs que la propriété soit transférée à l'emprunteur, ou plutôt au futur emprunteur, avant la tradition. En résulterait-il, comme on le prétend (c'est là l'intérêt pratique de la question), que les risques seront désormais pour son compte, par application de la règle *Res perit domino?* Nullement. Cette règle, nous l'avons vu (t. II n. 883), n'est nulle part écrite dans la loi. Mettre les risques à la charge de l'emprunteur, c'est dire en d'autres termes que la perte de la chose ne le dispensera pas de l'obligation de restituer; or l'obligation de restituer ne peut prendre naissance pour l'emprunteur que lorsqu'il a reçu : le bon sens le dit, et l'art. 1893 le dit également; donc c'est seulement à dater de cette époque que les risques pourront être à sa charge.

= *Une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage.* Il aurait été préférable de dire : une *certaine quantité de choses* FONGIBLES; nous en avons déjà fait la remarque (*supra* n. 803). L'art. 1894 vient aggraver l'inexactitude, en tirant une fausse conséquence du faux principe : « *On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation, des » choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme » les animaux : alors c'est un prêt à usage* ». Mais pourquoi donc? Un boucher emprunte à un de ses confrères six veaux, à la charge de lui rendre la semaine suivante six autres veaux semblables. C'est bien un prêt de consommation, en dépit de notre article qui a été maladroitement emprunté au droit romain.

= *A la charge par cette dernière de lui en rendre* AUTANT. Si le prêt est fait à la charge par l'emprunteur de rendre moins qu'il n'a reçu, il y a donation de la différence. Ainsi, quand je prête 1,500 fr. à un ami, à la charge qu'il m'en rendra 1,000, je lui fais donation de 500 fr. — Si l'emprunteur s'oblige à rendre plus qu'il a reçu, l'excédent représente un profit pour le prêteur, une rémunération du service rendu, un *intérêt :* ce qui n'empêche pas qu'il y a prêt, car le prêt de consommation n'est gratuit que de sa nature, non de son essence.

= *De même espèce et qualité.* Ainsi, quand j'ai prêté 10 hectolitres de blé de Nérac de première qualité, on devra me rendre 10 hectolitres de blé de la même provenance et de la même qualité. Mais d'ailleurs la valeur du blé qu'on me restituera pourra être plus ou moins considérable que celle du blé que j'ai prêté, suivant que la denrée se trouvera avoir augmenté ou diminué de prix à l'époque de la restitution; de sorte que, si, en quantité, espèce et qualité, je reçois autant que j'ai donné, en valeur je pourrai recevoir plus ou moins, suivant les cas.

C'est le contraire qui a lieu, si le prêt a pour objet une somme d'argent : en pareil cas, le prêteur pourra recevoir en quantité et qualité moins qu'il n'a donné, si la valeur nominale de la monnaie a été augmentée, s'il y a eu *augmentation d'espèces,* comme le dit l'art. 1895, et plus, si elle a été diminuée, s'il y a eu *diminution d'espèces;* mais il recevra toujours la même valeur, au moins en se plaçant au

point de vue légal. *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem.* Ainsi je vous prête aujourd'hui 100 fr. en dix pièces d'or ayant chacune une valeur nominale de 10 fr. Si, à l'époque fixée pour la restitution, la même pièce d'or, par suite d'un changement dû à une disposition législative, a une valeur nominale de 11 fr., il suffira que vous me donniez 9 de ces pièces plus 1 fr.; si au contraire la valeur nominale desdites pièces n'est plus que de 9 fr., vous devrez m'en remettre 11 plus 1 fr.

823. Tout ce que nous venons de dire résulte des art. 1895, 1896 et 1897, ainsi conçus :

Art. 1895. *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. — S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.*

Nous avons critiqué la disposition de ce texte, t. II, n. 1030.

Art. 1896. *La règle portée en l'article précédent n'a pas lieu, si le prêt a été fait en lingots.*

Art. 1897. *Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela.*

824. Conditions requises chez les parties contractantes pour la validité du prêt de consommation. — Elles varient suivant qu'il s'agit de l'emprunteur ou du prêteur : ce qui est tout naturel, puisque chaque partie joue dans le contrat un rôle différent.

825. A. *Conditions requises dans la personne du prêteur.* — « *Par* » *l'effet de ce prêt* », dit l'art. 1893, « *l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée* ». Or, pour que l'emprunteur devienne propriétaire *par l'effet du prêt,* il faut que le prêteur lui transfère la propriété; et, pour que le prêteur puisse transférer la propriété, il faut qu'il soit lui-même, d'une part propriétaire de la chose prêtée, et d'autre part capable de l'aliéner.

826. *a.* — Le prêteur doit être propriétaire de la chose prêtée. Le prêt de la chose d'autrui est nul, parce que le prêteur ne peut transférer la propriété de ce qui ne lui appartient pas; *nemo dat quod non habet.* Ainsi je vous prête un sac de blé qui appartient à Paul; je n'ai pas pu vous en rendre propriétaire, et par suite le prêt est nul. Vous n'acquerrez donc pas le droit de consommer la chose, et vous ne serez pas tenu de l'obligation propre à ce contrat, qui est de rendre une pareille somme ou quantité. D'autre part, le propriétaire de la chose pourra la revendiquer contre vous.

Pothier suppose que l'emprunteur d'une chose appartenant à autrui l'a consommée *de bonne foi,* c'est-à-dire dans l'ignorance du droit de celui à qui elle appartient, et il décide que « cette consomption supplée à ce qui manquait à la validité du contrat et oblige l'emprunteur envers le prêteur à la restitution d'une pareille somme ou quantité que celle qu'il a reçue, de la même manière que si le contrat eût eu toute sa perfection et que la propriété des choses qu'il a reçues lui eût été transférée ». Un peu plus loin, le même jurisconsulte ajoute : « La raison de ceci est sensible : si la translation de la propriété des choses prêtées est nécessaire dans le contrat de prêt de consomption, c'est afin que l'emprunteur puisse se servir des choses prêtées, ce qu'il ne peut faire qu'en les consommant, et ce qu'il n'a pas le droit de faire s'il n'en est pas le propriétaire; mais lorsque dans le fait, quoiqu'il n'en eût pas le droit, il s'est servi et a consommé les choses qui lui ont été prêtées, il est dès lors indifférent que la propriété lui en soit transférée ou non : le prêt, par la consomption de bonne foi qui a suivi, lui a causé la même utilité que s'il lui avait transféré effectivement la propriété de ces choses, et par conséquent il doit produire de sa part la même obligation que si la propriété lui eût été transférée » (*Prêt de consomption,* n. 5).

Nous croyons que cette solution doit encore être admise aujourd'hui. Il faut même à notre avis l'étendre au cas où l'emprunteur, n'ayant pas consommé la chose, est en situation d'invoquer et invoque effectivement la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre.* Dans cette hypothèse en effet, comme dans la précédente, l'emprunteur est à l'abri de toute action de la part de celui à qui la chose appartenait, et le prêt lui a procuré le même bénéfice que si le prêteur eût été propriétaire; il est donc juste qu'il soit tenu de l'obligation résultant du prêt.

* Ainsi, toutes les fois que l'emprunteur, invoquant expressément la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* ou étant réputé l'invoquer tacitement lorsqu'il a consommé de bonne foi la chose, pourra être considéré comme étant devenu propriétaire, sinon en vertu du prêt du moins à son occasion, l'action résultant du prêt prendra naissance au profit du prêteur. Dans tous les autres cas, cette action ne prendra pas naissance. Ainsi l'emprunteur a reçu la chose de mauvaise foi; il est exposé à l'action en revendication du propriétaire, s'il détient encore la chose, à une action en dommages et intérêts, s'il l'a consommée. Tenu envers le propriétaire, il ne saurait l'être envers le prêteur, autrement il serait obligé de payer deux fois; le prêteur n'aura donc pas l'action résultant du prêt. Il en sera de même, si la chose prêtée est une chose perdue ou volée. L'emprunteur, même de bonne foi, demeure en pareil cas exposé à l'action en revendication du propriétaire, auquel il ne peut pas opposer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279 al. 2). Tenu envers le propriétaire, il ne peut l'être envers le prêteur. Et nous maintiendrions cette solution même dans le cas où l'emprunteur aurait consommé de bonne foi la chose. Nous croyons en effet qu'il demeurerait alors tenu envers le *verus dominus* en vertu du principe que *Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui,* et nous pensons même que l'action de celui-ci ne se prescrirait que par trente ans à dater du jour où elle a pris naissance, c'est-à-dire à dater du prêt. *Non obstat* art. 1238 *in fine.* Ainsi tenu envers le propriétaire, l'emprunteur ne peut l'être envers le prêteur.

827. *b.* — Le prêteur doit être capable d'aliéner; car le prêt de consommation est un acte de disposition, un acte d'aliénation (art. 1893) et non un simple acte d'administration comme le prêt à usage.

Sont donc incapables de faire un prêt de consommation les mineurs, émancipés ou non, les interdits et les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, au moins sans l'assistance de leur conseil (arg. art. 499 et 513).

En ce qui concerne les femmes mariées, une distinction paraît nécessaire.

α. Nous croyons que la femme séparée de biens judiciairement ou même contractuellement est capable de prêter sans autorisation; car l'art. 1449 lui accorde le droit d'*aliéner* son mobilier. Et toutefois nous avons vu que cette disposition doit être entendue comme conférant seulement à la femme le droit d'aliéner *à titre onéreux* (*supra* n. 186). D'où nous concluons que la femme séparée de biens ne peut faire sans autorisation qu'un prêt à intérêt, non un prêt gratuit. Ce que nous venons de dire de la femme séparée de biens devrait être étendu à la femme dotale quant à ses biens paraphernaux, elle pourrait donc prêter à intérêt des sommes paraphernales.

β. Dans tous les autres cas, nous refuserions à la femme mariée le droit de prêter sans autorisation.

Le prêt fait par un incapable est nul. La nullité n'a pas lieu de plein droit, car le contrat n'est pas inexistant; il faut qu'elle soit prononcée par la justice. Mais l'incapable seul (ou son représentant) peut la demander; c'est le droit commun pour tous les contrats passés par des incapables (art. 1125). La nullité une fois prononcée, l'incapable ou son représentant pourra revendiquer la chose prêtée, si elle existe encore en nature, et, dans le cas contraire, exercer une action personnelle en restitution (*condictio*) contre l'emprunteur, bien que le terme fixé pour la restitution ne soit pas encore expiré.

828. B. *Conditions requises dans la personne de l'emprunteur.* L'emprunt est un acte particulièrement grave; car l'emprunteur s'oblige à restituer des choses semblables à celles qu'il a reçues, et grève ainsi son patrimoine de charges qui peuvent être fort lourdes. L'emprunteur doit donc avoir la capacité de s'obliger. D'où il suit que le mineur, émancipé ou non, et l'interdit ne peuvent pas emprunter. En cas de nécessité absolue ou d'avantage évident, un emprunt peut être fait pour leur compte, mais moyennant l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 457 et s. — La personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut pas emprunter sans l'assistance de son conseil. La femme mariée ne peut pas emprunter sans l'autorisation de son mari ou de la justice, sauf exception peut-être pour la femme séparée de biens lorsque l'emprunt est relatif à l'administration de ses biens. Cpr. *supra*, n. 186.

L'emprunt fait par un incapable est nul; mais lui seul peut se prévaloir de la nullité, qui doit être demandée à la justice. La nullité une fois prononcée, l'incapable ne sera tenu à l'égard du prêteur que dans la mesure de son enrichissement, *quatenus locupletior factus est*, à moins qu'il n'ait agi par dol.

SECTION II

DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR

829. Le prêteur a deux obligations.

1° « *Dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsa-*

» *bilité établie par l'art.* 1891 *pour le prêt à usage* (art. 1898) ». En d'autres termes, le prêteur est obligé de réparer le préjudice causé à l'emprunteur par les vices de la chose, lorsqu'il les connaissait et qu'il n'en a pas informé l'emprunteur : ce qui revient à dire que le prêteur est responsable de son dol dans le prêt de consommation, comme il l'est dans le prêt à usage (art. 1891), comme on l'est d'une manière générale dans tous les contrats.

2° « *Le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées, avant le* » *terme convenu* » (art. 1899). Ce texte est le pendant de l'art. 1883, comme le précédent était le pendant de l'art. 1891.

Sur le point de savoir comment il se fait que, dans le prêt de consommation, qui est un contrat unilatéral, des obligations naissent à la charge des deux parties, voyez ce que nous avons dit au sujet du commodat (*supra* n. 821).

Il est de l'essence du prêt de consommation, comme du prêt à usage, que l'emprunteur soit tenu de restituer au bout d'un certain temps. Quand l'époque de la restitution sera fixé par une convention expresse, il n'y aura pas de difficulté. Mais il peut se faire qu'elle ne le soit que par une convention tacite; en pareil cas, l'intervention du juge sera nécessaire, s'il y a contestation entre les parties. C'est ce qu'a voulu dire l'art. 1900, ainsi conçu : « *S'il n'a pas été fixé de terme pour la res-* » *titution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances* ». La convention ne fixe pas l'époque de la restitution. Faut-il en conclure que le prêteur peut exiger la restitution immédiatement? Non sans doute; car il a été tacitement convenu que le prêt était fait pour un certain temps; autrement la convention n'aurait pas de sens. Reste à déterminer la durée de ce temps. A cet égard voici le système que la loi paraît avoir adopté. Quand le prêteur estimera que le délai fixé par la convention tacite est expiré, il agira en restitution contre l'emprunteur. Si celui-ci pense que la convention tacite lui accorde un délai plus long, il résistera à la demande, et il s'élèvera ainsi entre les parties un débat qui nécessitera l'intervention de la justice. Quel sera l'office du juge ? Il devra, en s'inspirant des circonstances de la cause, rechercher quelle a été la commune intention des parties quant au délai de la restitution, libeller leur convention tacite, comme les archéologues reconstruisent un édifice par la pensée, à l'aide des vestiges qui en subsistent ; puis, ce travail de reconstitution une fois opéré, le juge donnera gain de cause au défendeur, si le délai fixé par la convention tacite n'est pas encore expiré, au demandeur dans le cas contraire. Sans préjudice de la faculté, qui lui appartiendrait dans cette dernière hypothèse, d'accorder à l'emprunteur un terme de grâce par application de l'art. 1244.

830. L'art. 1901 prévoit une hypothèse voisine de celle qui vient de nous occuper : « *S'il a été seulement convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait,* » *ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant* » *les circonstances* ».

Le juge pourrait se mouvoir dans un cercle un peu plus large pour la détermination du terme de paiement, s'il avait été dit que l'emprunteur restituera *quand il le voudra,* stipulation qui ne signifie nullement que l'emprunteur puisse se dispenser de restituer.

SECTION III

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR

831. Nous connaissons par anticipation la disposition de l'art. 1902, ainsi conçu : « *L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en » même quantité et qualité, et au terme convenu* ».

L'art. 1903 ajoute : « *S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en » payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après » la convention. — Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au » prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait* ».

Un libraire a prêté à l'un de ses confrères un certain nombre d'exemplaires d'un ouvrage, à la condition qu'il rendrait le même nombre d'exemplaires de la même édition dans six mois. A cette époque l'édition se trouve épuisée ; la restitution est donc impossible dans les conditions prévues par le contrat, c'est-à-dire en exemplaires neufs semblables à ceux qui ont été prêtés. L'emprunteur pourra-t-il prétendre qu'il est libéré de son obligation, parce qu'il se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de l'exécuter ? Non ; car cette prétention reviendrait, de la part de l'emprunteur, à soutenir qu'il a le droit de s'enrichir aux dépens du prêteur. Mais alors que devra-t-il restituer ? La loi dit : *la valeur de la chose, eu égard au temps et au lieu où la restitution devait être faite d'après la convention :* ce qui, appliqué à notre hypothèse, signifie sans doute que l'emprunteur devra restituer la somme qu'il aurait fallu vraisemblablement payer à l'époque de la restitution pour se procurer les exemplaires à restituer, si l'édition n'eût pas été épuisée. Au cas où la convention ne fixerait pas le temps et le lieu de la restitution, notre article dit que la valeur à restituer devra être calculée en se référant au temps et au lieu où l'emprunt a été fait.

A l'hypothèse où l'emprunteur serait dans l'impossibilité de restituer, nous assimilerions celle où, pouvant restituer, il ne le ferait pas. Le juge le condamnera alors à payer une somme d'argent, dont le montant sera calculé comme il vient d'être dit, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu.

Aux termes de l'art. 1904 : « *Si l'emprunteur ne rend pas les choses » prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de » la demande en justice* ». Cpr. art. 1153.

CHAPITRE II

DU PRÊT A INTÉRÊT

I. *Notions générales.*

832. Définitions. — L'*intérêt* est le profit que le prêteur stipule pour prix de la jouissance qu'il confère à l'emprunteur.

On appelle *usure* l'intérêt exagéré, et *usurier* celui qui fait commerce de l'usure.

L'ancien droit français prohibait le prêt à intérêt. Prohibition insensée ! qui devait nécessairement être éludée et que l'on éluda effectivement par mille moyens et notamment à l'aide du contrat de constitution de rente.

Notre législation intermédiaire déclara le prêt à intérêt licite (décret

des 3-12 octobre 1789) ; il est également autorisé par le code civil. On lit en effet dans l'art. 1905 : « *Il est permis de stipuler des intérêts pour* » *simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* ».

= *De stipuler*. Le prêt étant gratuit de sa nature, une *stipulation* ou convention est nécessaire pour qu'il produise des intérêts. Mais la loi ne prescrit aucune formule sacramentelle pour cette convention ; il suffit que la volonté des parties soit exprimée en termes qui ne laissent aucun doute.

La jurisprudence semble avoir souvent méconnu ce principe. La convention porte que le prêt est fait pour trois ans *sans intérêts jusqu'à cette époque*. N'est-ce pas dire, implicitement peut-être, mais très formellement néanmoins, qu'après l'expiration des trois années, l'emprunteur devra des intérêts s'il ne restitue pas immédiatement ? Il a été jugé cependant que la clause n'était pas suffisante pour faire courir les intérêts. Nous trouvons dans ce même ordre d'idées des décisions plus vulnérables encore. Un prêt est fait pour un certain temps avec stipulation d'intérêts ; l'emprunteur ne s'acquitte pas à l'expiration du terme convenu ; continue-t-il à devoir les intérêts fixés par la convention ? L'affirmative semble incontestable ; elle a été consacrée par quelques arrêts ; mais il y en a un plus grand nombre en sens contraire. Ces derniers reconnaissent seulement au prêteur le droit de faire courir les intérêts moratoires en formant contre l'emprunteur une demande en justice. Le prêt à intérêt se transformerait donc de plein droit, par l'expiration du terme fixé, en un prêt gratuit, au profit de l'emprunteur qui ne remplit pas son obligation. Nous le demandons, est-ce là ce que les parties ont voulu ?

D'ailleurs, le principe que le prêt ne porte pas intérêt de plein droit est applicable au prêt commercial comme au prêt civil ; la jurisprudence est en ce sens.

Il est également de jurisprudence que la règle souffre exception en ce qui concerne les comptes courants commerciaux : chaque partie doit de plein droit les intérêts des sommes qui figurent à son débit. Il ne faut pas chercher le fondement de cette exception ailleurs que dans les usages du commerce. Le but que poursuivent les commerçants, c'est le gain, *finis mercatorum lucrum*. On présume donc que les capitaux ne demeurent jamais improductifs dans les mains d'un négociant, et par suite il doit en servir l'intérêt à celui de qui il les tient, pendant tout le temps qu'il en a joui.

833. Aux termes de l'art. 1906 : « *L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital* ». Lorsque l'emprunteur paie des intérêts qui n'ont pas été stipulés *expressément*, et que le prêteur les reçoit, la loi suppose que ce paiement a été fait en exécution d'une convention tacite, et voilà pourquoi elle ne permet à l'emprunteur ni de les répéter ni de les imputer sur le capital.

Il y a d'autres explications de l'art. 1906. La plus répandue consiste à dire que la loi considère l'emprunteur comme tenu, en vertu d'une obligation naturelle, de payer des intérêts, lorsqu'il n'a été fait aucune convention à cet égard, et que notre disposition n'est qu'une application particulière du principe général posé par l'art. 1235 al. 2 : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui » ont été volontairement acquittées ».

Quelle que soit l'interprétation qu'on adopte, il paraît certain que l'art. 1906 ne recevrait pas son application, si le paiement des intérêts avait été fait par erreur,

dans la persuasion qu'ils étaient dus civilement, par exemple s'ils ont été payés par les héritiers de l'emprunteur, qui ont cru à tort que leur auteur en était tenu.

834. « *La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en* » *fait présumer le paiement, et en opère la libération* » (art. 1908).

Ce texte nous paraît découler de la même pensée que l'art. 1254 *in fine*. Le créancier, auquel il est dû un capital et des intérêts, a avantage à imputer le paiement qu'il reçoit sur les intérêts d'abord ; car d'une part le capital est productif d'intérêts, tandis que les intérêts ne peuvent le devenir qu'en vertu d'une convention ou d'une demande, et encore sous la condition d'être dus pour une année entière (art. 1154), et d'autre part la créance du capital ne se prescrit ordinairement que par trente ans, tandis que celle des intérêts se prescrit par cinq ans (art. 2277). Cela posé, la loi présume que le créancier, qui a donné quittance du capital, a été préalablement payé des intérêts ; car, s'il lui en eût été dû, il aurait vraisemblablement imputé le paiement fait par le débiteur sur les intérêts d'abord, puisque c'est son avantage en même temps que son droit.

La présomption de l'art. 1908 est l'une de celles sur le fondement desquelles la loi refuse l'action en justice. Aussi croyons-nous qu'elle ne serait pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire. Arg. art. 1352 al. 2.

II. *Du taux de l'intérêt.*

835. Le *taux* de l'intérêt est le rapport existant entre l'intérêt annuel et le capital. Ainsi, quand, prêtant un capital de 100 pour trois ans, je stipule un intérêt de 5 par an, l'intérêt est au capital comme 5 est à 100 ; il est de $\frac{5}{100}$, autrement dit *cinq pour cent :* ce que l'on exprime d'une manière abrégée à l'aide du symbole suivant : 5 %.

Le taux de l'intérêt est légal ou conventionnel : légal, lorsqu'il est fixé par la loi ; conventionnel, lorsqu'il l'est par la convention des parties.

Il n'y a pas à s'occuper du taux de l'intérêt sous notre ancien droit, puisque le prêt à intérêt y était prohibé. Toute stipulation d'intérêts, quelque minimes qu'ils fussent, était considérée comme illicite.

On sait que notre législation intermédiaire admit le prêt à intérêt. Mais c'est un point fort obscur, à notre avis, que celui de savoir si elle proclama le principe de la liberté quant au taux de l'intérêt. Toutefois, la question fut résolue dans le sens de l'affirmative par une jurisprudence constante.

Cette jurisprudence se fondait principalement sur un texte dont le sens est très douteux, l'art. 1 de la loi du 5 thermidor an IV, ainsi conçu : « A dater de la publi- » cation de la présente loi, chaque citoyen sera libre de contracter comme bon lui » semblera : les obligations qu'il aura souscrites seront exécutées dans les termes » et valeurs stipulés ».

Telle était la situation lors de la promulgation du code civil ; il était donc de jurisprudence à cette époque que les parties pouvaient fixer comme elles l'entendaient le taux de l'intérêt.

Le code civil consacra cet état de choses. Ce ne fut pas toutefois sans de vives résistances. Le principe de la liberté du taux de l'in-

térêt conventionnel avait des adversaires nombreux et convaincus. L'art. 1907 al. 1 porte les traces de la lutte qu'ils engagèrent à ce sujet : « *L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par* » *la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les* » *fois que la loi ne le prohibe pas* ». Le code civil ne contient pas de dispositions qui prohibent dans des cas particuliers la stipulation d'intérêts dépassant le taux légal. Les mots qui terminent le texte précité faisaient donc probablement allusion à des lois futures, que les adversaires de la liberté du taux de l'intérêt entrevoyaient comme devant apparaître dans un avenir prochain et qui effectivement ne se sont pas fait beaucoup attendre. Vaincus dans la lutte, ils protestaient en se pourvoyant contre l'arrêt du législateur présent devant le législateur de l'avenir.

L'art. 1907 se termine par ces mots : « *Le taux de l'intérêt conven-* » *tionnel doit être fixé par écrit* ». C'est le seul frein que le code civil apportât à la cupidité des usuriers ; on espérait qu'ils seraient retenus par un sentiment de pudeur, et qu'ils reculeraient à la pensée d'étaler au grand jour leur coupable industrie en constatant par écrit le taux des intérêts qu'ils exigeaient de leurs clients. Remède impuissant ! comme le sont hélas ! toutes les mesures prises contre les usuriers, et celle-là plus que toutes les autres.

D'ailleurs la disposition de l'art. 1907 *in fine* n'avait nullement pour but d'ériger en contrat solennel la convention fixant le taux de l'intérêt, mais seulement d'en prohiber la preuve par témoins même au-dessous de 150 fr. La preuve par l'aveu et par le serment demeuraient donc permises.

836. La loi annoncée par l'art. 1907 a été rendue le 3 septembre 1807 ; elle a pour titre : *Loi sur le taux de l'intérêt de l'argent.*

L'art. 1 limite le taux de l'intérêt conventionnel. « L'intérêt conven- » tionnel ne pourra excéder, en matière civile, cinq pour cent, ni en » matière de commerce, six pour cent ; *le tout sans retenue* ». Ces derniers mots font allusion à une pratique de notre ancien droit, que le législateur rappelle pour l'abolir : le débiteur d'une rente était autorisé à retenir sur les arrérages l'impôt établi par les lois sur le revenu.

L'art. 2 fixe le taux de l'intérêt légal : « L'intérêt légal sera, en ma- » tière civile, de cinq pour cent, et en matière de commerce, de six pour » cent, aussi sans retenue ». Le taux de l'intérêt est plus élevé en matière commerciale, parce que celui qui emprunte de l'argent pour le commerce fait courir au prêteur un plus grand risque et que d'autre part il retire du prêt un plus grand profit. *Pecunia mercatoris pluris valet quam pecunia non mercatoris,* dit Scaccia. A ce double titre, il est juste que l'emprunteur paye un intérêt plus élevé.

Le prêt est commercial, toutes les fois que l'argent prêté doit être employé à une opération commerciale, quelle que soit d'ailleurs la qualité des parties.

836 *bis.* La limitation du taux de l'intérêt, établie par la loi de 1807, ne s'applique pas :

1° Aux prêts de denrées et autres choses mobilières. Le titre même de la loi ne permet guère le doute à cet égard : « Loi sur le taux de l'intérêt *de l'argent* ». Ainsi je puis vous prêter 100 hectolitres de froment, à la condition que vous m'en rendrez 125 au bout d'un an, ce qui représente un intérêt de 25 °/₀, ou à la condition que vous me paierez en sus des 100 hectolitres une somme de 500 fr.

2° Au prêt d'argent lui-même, lorsqu'il est mêlé de chances aléatoires. Cass., 6 décembre 1886, Sir., 87. 1. 419, et Rennes, 14 mai 1884, s. cass., Sir., 88. 1. 57.

3° Aux stipulations d'intérêts faites dans un contrat autre que le prêt. Ainsi celui qui constitue une dot peut s'obliger à payer, jusqu'à l'échéance des termes pris pour le versement du capital, un intérêt supérieur à 5 °/₀. De même nous avons vu que, dans une vente, le vendeur peut, en accordant à l'acheteur un délai pour le paiement du prix, stipuler qu'il en servira jusque-là l'intérêt à un taux supérieur à 5 °/₀ (*supra* n. 572).

837. Toute stipulation d'intérêts excédant le taux légal constitue une convention usuraire, prohibée à ce titre par la loi de 1807. Cette prohibition reçoit une double sanction : l'une civile, l'autre pénale.

La sanction pénale appartient au droit criminel ; nous ne nous en occuperons pas.

La sanction civile est contenue dans l'art. 3, qui s'exprime ainsi : « Lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux » excédant celui qui est fixé par l'art. 1er, le prêteur sera condamné, » par le tribunal saisi de la contestation, à restituer cet excédant, s'il » l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur le capital de la créance, et » pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, devant le tribunal correc- » tionnel, pour y être jugé conformément à l'article suivant ». Ce texte avait donné naissance à quelques controverses, qui ont été résolues dans le sens de la sévérité par l'art. 1 de la loi du 19 décembre 1850, ainsi conçu : « Lorsque dans une instance civile ou commerciale, il sera » prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux supérieur à » celui fixé par la loi, les perceptions excessives seront imputées de » plein droit, aux époques où elles auront eu lieu, sur les intérêts » légaux alors échus, et subsidiairement sur le capital de la créance. — » Si la créance est éteinte en capital et intérêts, le prêteur sera con- » damné à la restitution des sommes indûment perçues, avec intérêts » du jour où elles lui auront été payées ».

Tous les moyens de preuve sont admissibles, même la preuve testimoniale et les présomptions, pour établir l'existence des conventions usuraires, qui se dissimulent sous toutes les formes. La plus pratiquée, parce qu'elle offre le plus de sécurité aux usuriers, à raison de la quasi-impossibilité d'en établir l'existence, consiste à faire souscrire à l'emprunteur une reconnaissance excédant le chiffre de la somme qu'il reçoit. Ainsi l'usurier qui veut prêter 1,000 fr. pour un an moyennant un intérêt de 100 fr., soit 10 °/₀, ne versera que 950 fr. à l'emprunteur, auquel il fera souscrire une reconnaissance de 1,000 fr. avec intérêt à 5 °/₀.

838. La législation restrictive du taux de l'intérêt ne subsiste plus qu'en partie. Une loi d'hier (13 janvier 1886) porte : « Les lois des » 3 septembre 1807 et 19 décembre 1850, dans leurs dispositions rela- » tives à l'intérêt conventionnel, sont abrogées en matière de commerce; » elles restent en vigueur en matière civile ».

Ainsi, le taux *légal* de l'intérêt demeure fixé, comme par le passé, à 5 °/₀ en matière civile et à 6 °/₀ en matière commerciale. Il en est de même du taux de l'intérêt *conventionnel,* en matière civile; mais désormais, en matière commerciale, les parties peuvent librement fixer le taux de l'intérêt. Il n'y a plus d'usure en matière commerciale.

C'est beaucoup, mais ce n'est pas assez. A notre avis, les lois restrictives du taux de l'intérêt doivent disparaître entièrement : nous n'apercevons pas de raisons suffisantes pour les maintenir en matière civile, quand on les abolit en matière commerciale. Les non commerçants peuvent, aussi bien que les commerçants, fixer comme ils l'entendent le loyer des maisons, des fonds de terre..., pourquoi ne pas leur reconnaître la même liberté pour la fixation du loyer de l'argent? D'ailleurs l'expérience a prouvé que les lois contre l'usure manquent leur but. Elles sont faites pour protéger les emprunteurs; or il se trouve qu'elles ne profitent qu'aux usuriers, en leur assurant le monopole de l'usure. Qu'arrive-t-il en effet? Les citoyens honnêtes, tous ceux qui tiennent à observer les lois de leur pays alors même qu'ils les trouvent injustes, et aussi les citoyens timorés, ne prêtent qu'au taux légal, et gardent leurs fonds si ce taux leur paraît insuffisant, à raison des risques qu'ils courent. Le champ reste donc libre pour les usuriers de profession. Bien plus, la loi sert à ceux-ci de titre pour exiger de l'emprunteur un intérêt plus élevé, comme prime, disent-ils, contre les dangers auxquels ils s'exposent en prêtant à usure. De sorte qu'une loi, qui a été faite pour extirper l'usure ne sert qu'à la rendre plus fructueuse pour les usuriers !

Il faut croire que l'usure est un mal nécessaire, tant qu'il y aura des emprunteurs obérés d'une part et des capitalistes cupides de l'autre. Quoi qu'il en soit, il paraît plus facile, dans notre pays tout au moins, de faire de mauvaises lois contre l'usure que de les abolir. Dénoncée depuis longtemps par les économistes, la loi de 1807 subsiste encore en partie, malgré les tentatives réitérées qui ont été faites au sein des assemblées législatives pour en obtenir la suppression complète. Partout autour de nous la liberté du prêt à intérêt existe; et, sur ce point comme sur bien d'autres, notre pays, où il se fait plus de bruit qu'en nul autre pour la cause de la liberté, s'est laissé devancer par les peuples voisins, amis ou ennemis.

838 *bis*. La loi du 13 janvier 1886 rétroagit-elle? Il est incontestable que cette loi n'a pas pu avoir pour résultat de valider les stipulations d'intérêts de plus de 6 % en matière commerciale, faites sous l'empire de la législation antérieure. Arg. art. 2. Mais, à dater de sa promulgation, ceux qui avaient commis le délit d'usure en matière commerciale ont cessé d'être punissables. En d'autres termes, la loi du 13 janvier 1886 rétroagit en tant que loi pénale, mais non en tant que loi civile. Orléans, 12 juin 1886, Sir., 87. 2. 201, et Besançon, 21 avril 1886, Sir., 87. 2. 202. Cpr. t. I, n. 65.

III. *De la constitution de rente.*

839. Nous avons déjà dit (t. I, n. 1251) que le contrat de constitution de rente fut imaginé, dans notre ancien droit, pour éluder la prohibition du prêt à intérêt. Le prêteur transmettait à l'emprunteur la propriété d'un capital, dont il s'interdisait le droit de jamais exiger le remboursement; comme contre-valeur, l'emprunteur s'obligeait à payer une rente perpétuelle. Cette opération, disait-on, ne constitue pas un prêt, mais bien une vente : la chose vendue c'est la rente, et le capital versé par le crédi-rentier en est le prix.

A tort ou à raison, le code civil considère la constitution de rente comme un prêt à intérêt. C'est ce qui résulte, non seulement de la place qu'occupe l'art. 1909 (au chapitre *Du prêt à intérêt*), mais aussi de ses termes : « *On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que* » *le prêteur s'interdit d'exiger. — Dans ce cas, le prêt prend le nom de* » constitution de rente. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'il existe entre la constitution de rente et la vente deux différences capitales : 1° la constitution de rente est un contrat réel et unilatéral, Pothier lui-même le reconnaît, tandis que la vente est un contrat consensuel et bilatéral; 2° les deux prestations qui font l'objet de la constitution de rente consistent en une somme d'argent, tandis que, dans la vente, la prestation fournie par l'acheteur est la seule qui ait pour objet une somme d'argent.

La constitution de rente est devenue rare dans notre droit actuel, où elle n'a pas la même raison d'être que sous notre ancien droit, puisque le prêt à intérêt n'est plus prohibé. Seul à peu près, l'Etat emprunte aujourd'hui sous cette forme, qui lui offre l'avantage de ne pas se mettre à la discrétion des prêteurs, tout en permettant à ceux-ci de rentrer facilement dans leurs fonds, quand ils le veulent, par le moyen d'une vente faite à la Bourse.

840. La rente constituée peut être perpétuelle ou viagère : « *Cette* » *rente peut être constituée de deux manières, en perpétuel ou en viager* », dit l'art. 1910. Si elle était constituée pour une durée déterminée, pour vingt ans par exemple, on tomberait dans l'hypothèse du prêt à intérêt; car le capital serait exigible de la part du créancier à l'expiration du délai fixé. — Le législateur ne s'occupe ici, et nous ne nous

occuperons avec lui, que de la rente constituée en perpétuel. « *Les* » *règles concernant les rentes viagères sont établies au titre* des contrats » aléatoires », dit l'art. 1914.

841. Aux termes de l'art. 1911 al. 1 : « *La rente constituée en per-* » *pétuel est essentiellement rachetable* ». C'est plutôt *remboursable* qu'il aurait fallu dire, puisque notre législateur considère la constitution de rente comme un prêt ; le mot *rachetable,* emprunté à notre ancien droit, donne à entendre qu'elle est une vente. Cpr. art. 1912.

La faculté, que la loi reconnaît au débi-rentier, de rembourser le capital de la rente, est précisément une conséquence du principe que la constitution de rente est un prêt ; car le prêt implique l'idée d'un remboursement. Ainsi, le prêteur ne peut jamais demander le remboursement du capital de la rente ; il s'est *interdit* le droit de l'exiger : c'est la différence principale qui existe entre le prêt et la constitution de rente. L'emprunteur au contraire peut rembourser, et en principe il le peut quand il le juge à propos.

On conçoit cependant que celui qui s'interdit à tout jamais le droit de réclamer le capital qu'il aliène, puisse légitimement ne pas vouloir être remboursé du jour au lendemain : dans sa pensée, le prêt est sans doute un prêt à long terme. Aussi l'art. 1911 al. 2 dispose-t-il : « *Les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait* » *avant un délai qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le* » *créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé* ». — Si la convention interdit le remboursement pendant un délai plus long que dix années, elle ne sera pas nulle pour cela, mais il y aura lieu de la réduire à la limite légale. Arg. art. 1660.

Le texte que nous venons d'analyser établit entre la constitution de rente et le prêt à intérêt une différence difficile à justifier. La loi laisse les parties libres de fixer comme elles l'entendent l'époque du remboursement du prêt à intérêt, pourvu cependant qu'elles n'excèdent pas la limite de 99 ans (1) : ainsi un prêt peut être fait pour vingt ans, pour trente ans..., auquel cas l'emprunteur n'a pas le droit de forcer le prêteur à recevoir le remboursement avant l'expiration du terme convenu ; tandis que la clause, qui déclarerait une rente constituée non remboursable pendant le même délai, ne produirait son effet que pour dix ans. Il eût été plus logique, à notre avis, d'assigner à la durée du prêt à intérêt un *maximum* égal à celui pendant lequel la rente peut être stipulée non remboursable.

842. Le débi-rentier, qui veut user de la faculté de remboursement que lui accorde l'art. 1911 al. 1, doit offrir le paiement intégral du capital de la rente, outre les arrérages dont il peut être débiteur. S'il est mort laissant plusieurs héritiers, chacun a le droit de forcer le créancier à recevoir le remboursement de sa part. Arg. art. 1220. La solution contraire, il est vrai, était généralement admise dans notre ancien droit ; mais il ne faut pas oublier que la constitution de rente était

(1) Un prêt fait pour un temps plus long devrait être assimilé à une constitution de rente en perpétuel, au moins en ce qui concerne la faculté de rembourser pour l'emprunteur. Arg. art. 1 de la loi des 18-29 décembre 1790.

alors considérée comme une vente, et le remboursement comme un rachat ; il était donc tout simple d'appliquer la règle que notre droit actuel a consacrée en matière de vente à réméré (art. 1670). Aujourd'hui la constitution de rente est un prêt, et il faut par conséquent lui appliquer les règles du prêt et non celles de la vente. La question est controversée.

843. Dans quels cas le débiteur d'une rente perpétuelle peut-il être contraint au remboursement ? Ces cas, au nombre de trois, sont indiqués par les art. 1912 et 1913, ainsi conçus :

Art. 1912. *Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat, — 1° S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années; — 2° S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.*

Art. 1913. *Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur.*

Premier cas. *Si le débiteur cesse de remplir ses obligations pendant deux années.* Ce qu'il faut entendre en ce sens : si le débiteur est en retard de payer deux années d'arrérages, ou en d'autres termes si, à un moment quelconque, il doit deux années entières d'arrérages échus, qu'il ne paie pas.

Faut-il voir dans cette disposition une application particulière du principe consacré par l'art. 1184 (pacte commissoire tacite) ? Nous ne le croyons pas ; car la constitution de rente est un contrat unilatéral, et l'art. 1184 n'est pas applicable aux contrats unilatéraux (t. II n. 949). Nous y voyons plutôt une déchéance du bénéfice du terme illimité accordé à l'acheteur pour rembourser le capital de la rente (arg. art. 1188 cbn. 1912 al. 1 et 2). De là nous tirerons deux conséquences, qui sont contestées l'une et l'autre comme la prémisse dont elles découlent.

1° Il n'est pas nécessaire que le crédi-rentier mette le débi-rentier en demeure, par une sommation ou un autre acte équivalent, pour lui faire encourir la déchéance qui nous occupe ; elle est encourue de plein droit par la seule force de la loi, *vi et potestate legis.* Le crédi-rentier peut donc *de plano* poursuivre le remboursement du capital contre le débiteur en retard de deux années d'arrérages, sauf la faculté qui appartiendrait au juge de lui accorder un délai pour ce remboursement ; mais le juge ne pourrait pas accorder au débiteur un délai pour le paiement des arrérages et décider que, s'il paie dans ce délai, il ne sera pas tenu au remboursement du capital. Et toutefois si la rente est *quérable,* c'est-à-dire payable au domicile du débiteur, où le crédi-rentier doit venir la *quérir,* il est tenu de justifier régulièrement qu'il s'y est présenté pour toucher les arrérages.

2° Notre disposition n'est pas applicable au prêt à intérêt : exceptionnelle de sa nature, elle ne saurait être étendue d'un cas à un autre. Mais le prêteur peut stipuler que, si l'emprunteur ne paie pas régulièrement les intérêts, il pourra être contraint au remboursement avant l'échéance.

Deuxième cas. *Si l'emprunteur manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.* Ajoutons : ou s'il diminue par son fait celles qu'il a fournies (arg. art. 1188). Au cas où les sûretés fournies auraient été diminuées ou détruites par un cas fortuit, le débiteur pourrait échapper à l'obligation de restituer le capital, en fournissant un complément de garanties ou des garanties équivalentes.

Troisième cas. *Si le débi-rentier tombe en faillite ou en déconfiture.* Cpr. art. 1188. Nous croyons que le capital de la rente deviendrait alors exigible, même contre la caution (art. 2131 et arg. de cet article).

Appendice. — Comparaison entre le prêt de consommation et divers autres actes juridiques avec lesquels il a plus ou moins d'affinité.

844. Nous terminerons notre étude sur le prêt de consommation par l'indication des différences qui le séparent de plusieurs autres actes juridiques, avec lesquels on pourrait dans certains cas être tenté de le confondre, savoir le prêt à usage, le louage et le quasi-usufruit.

1. *Différences entre le prêt de consommation et le prêt à usage.*

845. 1° Le prêt de consommation a pour objet des choses fongibles, le prêt à usage des choses non fongibles.

2° Dans le prêt de consommation, l'emprunteur devient propriétaire des choses prêtées et doit restituer des choses semblables; il est donc débiteur d'une quantité, et par suite les risques sont pour son compte. Dans le prêt à usage, au contraire, le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée; l'emprunteur est tenu de la restituer dans son identique individualité, *in specie;* il est donc débiteur d'un corps certain, et les risques sont supportés par le prêteur.

3° Le prêt de consommation n'est gratuit que de sa nature; le prêteur peut donc stipuler une rémunération pour le service qu'il rend à l'emprunteur (prêt à intérêt). Au contraire, le prêt à usage est essentiellement gratuit. Si le prêteur stipule une prestation quelconque comme contre-valeur de l'avantage qu'il procure à l'emprunteur, la convention dégénère en un louage ou en un contrat innommé.

4° Celui qui a fait un prêt à usage peut, s'il lui survient un besoin pressant et imprévu de sa chose, en obtenir la restitution avant l'expiration du terme convenu (art. 1889). Le même droit n'appartient pas à celui qui a fait un prêt de consommation, car aucun texte ne le lui accorde. Cette différence se justifie facilement: la chose qui fait l'objet du prêt à usage doit être restituée *in specie,* et, comme d'autre part l'emprunteur ne doit s'en servir que pour son usage personnel, il l'aura toujours sous la main; à toute époque il lui sera donc facile de la restituer, et la restitution ne lui causera pas d'autre dommage que la privation du droit d'user de la chose; au contraire, s'il s'agit d'un prêt de consommation, l'emprunteur aura le plus souvent consommé ou aliéné la chose qui en fait l'objet, et l'obligation de restituer avant l'époque convenue pourrait lui créer des difficultés graves et déranger toutes ses combinaisons.

2. *Différences entre le prêt de consommation et le louage.*

846. Le prêt de consommation se distingue très nettement du louage, quand il est fait gratuitement; mais il s'en rapproche beaucoup quand il est fait à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant un prix (intérêt). Celui qui donne une somme d'argent à la condition que l'*accipiens* la restituera au bout d'un certain temps, augmentée d'un profit appelé intérêt, semble bien être un locateur plutôt qu'un prêteur; car le prêt éveille l'idée d'un acte de bienfaisance : il loue un capital pour un certain temps moyennant un certain prix. Les économistes n'hésitent pas à considérer le prêt à intérêt comme un louage. Le code civil cependant, conformément à une tradition séculaire, donne à l'opération le nom de prêt. On peut en effet signaler quatre différences entre le louage et le prêt à intérêt :

1° Le prêt à intérêt rend l'emprunteur propriétaire, sous l'obligation de restituer, non la chose même qu'il a reçue, mais des choses semblables. Au contraire, le pre-

neur ne devient pas propriétaire de la chose louée, et doit la restituer *in specie* à l'expiration du bail.

2° Le bailleur est tenu de faire jouir ou tout au moins de faire user le preneur, c'est-à-dire de lui procurer pendant toute la durée du bail l'usage de la chose louée; celui qui fait un prêt de consommation n'est tenu d'aucune obligation de ce genre envers l'emprunteur.

3° Les risques sont pour le *tradens*, c'est-à-dire pour le bailleur, dans le contrat de louage; ils sont pour l'*accipiens*, par conséquent pour l'emprunteur, dans le prêt à intérêt.

4° Le louage est un contrat consensuel; le prêt, même à intérêt, est un contrat réel.

3. *Différences entre le prêt de consommation et le quasi-usufruit.*

847. 1° Le prêt de consommation est toujours un contrat; le quasi-usufruit peut résulter soit d'un contrat, soit d'une disposition testamentaire.

2° Le quasi-usufruitier doit fournir caution, à moins qu'il n'en soit dispensé par le titre constitutif de l'usufruit ou par une disposition de la loi. Au contraire, l'emprunteur n'est tenu de fournir caution que quand il s'y est obligé.

3° Le droit résultant du prêt de consommation est transmissible aux héritiers de l'emprunteur. Au contraire, le droit résultant du quasi-usufruit ne survit pas au quasi-usufruitier. Il en est ainsi, même dans le cas où, un terme ayant été assigné à la durée du quasi-usufruit, le quasi-usufruitier vient à mourir avant son expiration. Le terme n'est qu'un *maximum*, que le quasi-usufruit ne peut pas dépasser, mais qu'il ne doit pas nécessairement atteindre.

TITRE XI

Du dépôt et du séquestre.

CHAPITRE PREMIER

DU DÉPÔT EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES ESPÈCES

848. Définition. — Pothier définit le dépôt : « Un contrat par lequel l'un des contractants donne une chose à garder à l'autre, qui s'en charge gratuitement et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera requis ».

Nous trouvons dans l'art. 1915 une définition un peu différente : « *Le » dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à » la charge de la garder et de la restituer en nature* ». Le législateur a substitué le mot *acte* au mot *contrat*, dont se sert Pothier, pour embrasser dans sa définition l'une des variétés du dépôt, qui est plutôt un acte judiciaire qu'un contrat, le séquestre judiciaire (art. 1961 et s.).

Le mot *dépôt* se prend pour désigner soit le contrat qui va nous occuper, soit la chose déposée. Il est employé dans ce dernier sens par les art. 1941 et 1944.

Celui qui fait le dépôt s'appelle le *déposant;* celui qui le reçoit, le *dépositaire*.

Le dépôt, dans tous les cas au moins où il a une origine contractuelle, présente les caractères suivants :

1° Il appartient à la famille des contrats réels. L'art. 1915 nous l'a déjà donné à entendre : « Le dépôt... est un acte par lequel *on reçoit...* », et l'art. 1919 al. 1, placé à tort dans le chapitre *Du dépôt proprement dit,* le déclare en toutes lettres : « *Il n'est parfait que par la tradition* » *réelle ou feinte de la chose déposée* ». En effet le dépôt n'engendre au moment où il se forme qu'une seule obligation, celle de restituer, et on ne peut être tenu de restituer qu'après avoir reçu.

Qu'est-ce maintenant que cette tradition feinte dont la loi vient de nous parler? L'art. 1919 al. 2 va nous le dire : « *La tradition feinte* » *suffit, quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre,* » *de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt* ». Ainsi je vous ai prêté des couverts d'argent pour un repas de noces; après que vous les avez employés à cet usage, je conviens avec vous que vous les garderez à titre de dépôt pendant le cours d'un voyage que je vais entreprendre. Il ne peut pas être question de vous faire une tradition réelle des couverts, puisqu'ils sont déjà entre vos mains, mais seulement d'intervertir le titre en vertu duquel ils s'y trouvent. Vous les déteniez comme emprunteur, vous les détiendrez désormais comme dépositaire; et notre seul consentement aura suffi pour produire ce résultat, sans qu'il soit besoin, comme paraît le dire l'art. 1919, de faire intervenir la notion de la *tradition feinte,* appelée aussi par nos anciens docteurs *traditio brevis manus,* parce que, dit Pothier, elle renferme *brevi compendio* l'effet de deux traditions : on suppose que l'emprunteur a restitué la chose au prêteur et que celui-ci la lui a remise immédiatement après à titre de dépôt.

2° Le dépôt est un contrat synallagmatique imparfait. Au moment où il se forme, nous ne voyons apparaître d'obligation que d'un seul côté, *ex uno latere,* du côté du dépositaire qui s'engage à restituer, et le contrat semble ainsi être unilatéral. Mais des faits postérieurs pourront faire naître des obligations à la charge du déposant : notamment, si le dépositaire est obligé de faire des dépenses pour la conservation de la chose déposée, le déposant sera tenu de les lui rembourser, et alors le contrat aura les apparences d'un contrat synallagmatique ou bilatéral, puisqu'il y aura des obligations des deux côtés, *ex utroque latere.* Le contrat de dépôt, comme deux de ses congénères, le commodat et le gage, n'est donc à bien prendre ni unilatéral, parce qu'il engendre quelquefois des obligations *ex utroque latere,* ni bilatéral parce que, envisagé au moment de sa formation, il n'oblige que l'une des parties, que l'autre ne le sera peut-être jamais, et que, si elle le devient, ce ne sera pas précisément en vertu du contrat lui-même,

mais seulement par suite de faits qui s'y rattachent. C'est cette nuance indécise qui a déterminé les commentateurs à classer le dépôt, et avec lui tous les contrats qui présentent la même particularité, dans une catégorie intermédiaire que le code ignore, celle des contrats dits *synallagmatiques imparfaits*. Cpr. t. II, n. 788.

848 *bis*. Aux termes de l'art. 1916 : « *Il y a deux espèces de dépôts :* » *le dépôt proprement dit et le séquestre* ».

CHAPITRE II

DU DÉPÔT PROPREMENT DIT

SECTION PREMIÈRE

DE LA NATURE ET DE L'ESSENCE DU CONTRAT DE DÉPÔT

849. Le dépôt proprement dit est un contrat par lequel une personne (le déposant) remet une chose mobilière à une autre personne (le dépositaire), qui s'oblige à la garder gratuitement et à la rendre dans son individualité à première réquisition.

Il résulte de cette définition :

1° Que le dépôt proprement dit « *ne peut avoir pour objet que des* » *choses mobilières* » (art. 1918).

Ce texte tranche une ancienne controverse sur le point de savoir si les immeubles peuvent être l'objet d'un contrat de dépôt. Pothier, qui la rapporte, donne en faveur de la négative cette raison, que le dépôt a pour but la garde d'une chose et que par conséquent il n'est pas susceptible de s'appliquer aux immeubles, parce qu'ils n'ont pas besoin d'être donnés en garde pour que le propriétaire puisse les retrouver. Puis il ajoute : « Lorsque quelqu'un, en partant pour quelque voyage, confie à son ami les clefs de sa maison, le dépôt qu'il a fait à son ami est un dépôt de ses clefs ou même encore des meubles qui sont gardés sous ces clefs dans la maison ; mais ce n'est pas un dépôt de la maison elle-même, qui, ne pouvant être déplacée, n'a pas besoin qu'on la garde » (*Contrat de dépôt,* n. 3).

Il est à peine utile d'ajouter que le dépôt ne peut s'appliquer qu'aux choses corporelles. Les choses incorporelles n'ont pas besoin d'être gardées : peut-on songer par exemple à donner en dépôt un droit de créance ? Il en serait autrement des titres qui constatent l'existence du droit.

2° Le contrat qui nous occupe est un contrat de bienfaisance, un office d'ami. Le dépositaire rend un service gratuit ; il ne reçoit pas en général d'autre rémunération que le témoignage d'estime et de confiance qu'implique le choix dont il a été l'objet de la part du déposant. Aussi l'art. 1917 dispose-t-il : « *Le dépôt proprement dit est un contrat* » *essentiellement gratuit* ».

La loi dit *essentiellement,* mais non *exclusivement;* et cette simple remarque permet de concilier très facilement notre texte avec l'art. 1928-2°, duquel il résulte que la stipulation d'un salaire par le dépositaire ne transforme pas nécessairement le dépôt en un louage de services (argument des mots *dépositaire, dépôt*). Le salaire stipulé peut n'être qu'une faible compensation des soins qu'exige la garde du dépôt,

et alors le contrat conserve dans une certaine mesure le caractère d'un acte de bienfaisance ; il ne cesse pas d'être un dépôt. En d'autres termes, voici la double pensée qui nous paraît se dégager des art. 1917 et 1928-2°. Il est essentiel, pour qu'il y ait dépôt, qu'une pensée de bienfaisance anime le dépositaire ; mais il n'est pas nécessaire qu'il agisse sous l'influence d'un mobile exclusivement désintéressé. Le salaire stipulé par le soi-disant dépositaire est-il l'équivalent exact du service qu'il rend en se chargeant de la garde de la chose ? c'est d'un louage de services qu'il s'agit ; peu importe que l'opération ait été qualifiée *dépôt ;* car le nom que les parties donnent à un contrat n'en saurait changer la nature. Mais, si le salaire stipulé par le dépositaire ne constitue qu'une rémunération tout à fait disproportionnée avec la valeur du service qu'il rend, le contrat ne cesse pas d'être un dépôt, c'est-à-dire un contrat de bienfaisance, pas plus qu'il ne perdrait ce caractère, si le déposant allouait volontairement au dépositaire une gratification qu'il ne lui a pas promise.

850. L'intention des parties peut seule permettre de distinguer le dépôt de plusieurs autres contrats avec lesquels il présente plus ou moins d'analogie. Ainsi, comme le commodat et le prêt de consommation, le dépôt ne devient parfait que par la prestation de la chose, *re perficitur*. Mais dans le commodat la tradition est faite pour que l'*accipiens* se serve de la chose, dans le prêt de consommation, pour qu'il la consomme, et dans le dépôt, pour qu'il la garde. Dans d'autres hypothèses, la distinction pourra être délicate, parce qu'il peut se faire qu'en contractant les parties se soient proposé plusieurs buts à la fois. Il faudra alors, pour déterminer la nature du contrat, rechercher, comme le dit Pothier, quelle est la fin principale que les parties ont eue en vue. Ainsi je remets des pièces à un avoué pour qu'il s'en serve dans l'intérêt de la cause que je lui ai confiée. Assurément l'avoué qui reçoit ces pièces s'oblige à les garder et à me les restituer quand je les lui réclamerai. Dirons-nous pour cela qu'il y a dépôt? Non ; parce que la garde de la chose n'est pas la fin principale du contrat : j'ai confié les pièces à l'avoué avec mission d'en faire un usage déterminé dans mon intérêt. C'est un mandat. De même la cour de cassation a jugé avec raison qu'il faut voir un bail à loyer, et non un dépôt salarié, dans la convention aux termes de laquelle le propriétaire d'une maison s'engage à y recevoir des marchandises moyennant une somme fixée suivant la quantité de marchandise, sans contracter l'obligation de *rendre* les marchandises ni celle de les *surveiller*. Peu importe que les parties aient qualifié leur convention du nom de *dépôt*. Cass., 21 mai 1884, Sir., 85. 1. 60.

851. Aux termes de l'art. 1920 : « *Le dépôt est volontaire ou nécessaire* ».

Le dépôt est volontaire, lorsque le déposant a pu choisir en toute liberté la personne du dépositaire. Au cas où son choix est, sinon imposé, du moins dicté par les circonstances (incendie, ruine, pillage...), on est dans l'hypothèse du dépôt nécessaire.

SECTION II

DU DÉPÔT VOLONTAIRE

852. « *Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit* » (art. 1921).

Le dépôt est un contrat réel ; mais le consentement des parties n'en est pas moins nécessaire pour sa perfection, car il n'y a pas de contrat sans consentement.

A cet égard, il en est du dépôt nécessaire comme du dépôt volontaire. Nous verrons cependant sous l'art. 1949 qu'il existe, au point de vue du consentement des parties, une certaine opposition entre le dépôt volontaire et le dépôt nécessaire, opposition à laquelle le législateur songeait peut-être en écrivant notre article.

853. Capacité requise. — La loi n'exige pas chez les parties contractantes une capacité spéciale pour la validité du dépôt volontaire : la capacité générale de contracter suffit. C'est ce qu'a voulu dire l'art. 1925 al. 1, qui ne fait que tirer une déduction du principe général formulé par l'art. 1124 : « *Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre* » *personnes capables de contracter* ».

Le contrat de dépôt, dans lequel une personne incapable de contracter a figuré soit comme déposant, soit comme dépositaire, est frappé de nullité. Mais, conformément à l'art. 1125, l'incapable seul peut se prévaloir de la nullité, soit par lui-même, si son incapacité a cessé, soit par l'entremise de son représentant légal, si elle dure encore ; l'autre contractant, en le supposant capable, peut donc être forcé de subir l'exécution du contrat. En d'autres termes, l'incapable ou son représentant légal peut opter entre le maintien et l'annulation du contrat.

L'application de cette règle donne lieu à quelques observations particulières, suivant que l'incapable a joué dans le contrat le rôle de déposant ou celui de dépositaire.

a. — Si l'incapable a joué le rôle de déposant, presque toujours l'option sera faite dans le sens du maintien du contrat, parce que tel sera son intérêt ; alors le dépositaire sera tenu de toutes les obligations résultant du dépôt. Ainsi un interdit, durant un intervalle lucide, fait un dépôt entre les mains d'une personne capable. Son tuteur, pendant la durée de l'interdiction, ou lui-même, après que l'interdiction aura été levée, ou ses héritiers majeurs, après son décès, pourront exiger l'exécution du contrat, et notamment réclamer par l'action *depositi directa* la restitution du dépôt et le paiement d'une indemnité à raison des fautes dont la loi rend le dépositaire responsable. A la charge, bien entendu, de satisfaire aux obligations dont est tenu le déposant, par exemple de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a été obligé de faire pour la conservation du dépôt ; car le contrat ne peut pas être scindé, déclaré valable en tant qu'il oblige le dépositaire, et nul en tant qu'il obligerait le déposant. Le seul moyen pour l'incapable d'échapper à ces obligations serait de demander la nullité du contrat. Supposons qu'il opte dans ce sens. La situation respective des parties sera la même que s'il n'était intervenu entre elles aucun contrat. L'action en revendication sera donc ouverte à l'incapable ou à son représentant légal, pour réclamer la chose, objet du contrat annulé : le succès de cette action sera subordonné à la preuve du droit de propriété du revendiquant, tandis que cette preuve n'est pas nécessaire pour réussir dans l'action *depositi directa* (art. 1938 al. 1). D'autre part, le dépositaire aura l'action *de in rem verso* contre l'incapable pour obtenir le remboursement de ses impenses ; mais par cette action, il obtiendra peut-être moins qu'il n'aurait obtenu par l'action *depositi contraria;* sans compter que le droit de rétention pourra lui être refusé.

Tout ce que nous venons de dire sur cette première hypothèse, nous paraît contenu en substance dans l'art. 1925 al. 2, ainsi conçu : « *Néanmoins, si une personne* » *capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue*

» *de toutes les obligations d'un véritable dépositaire; elle peut être poursuivie par le* » *tuteur ou administrateur de la personne qui a fait le dépôt* ».

b. — Supposons maintenant que l'incapable ait joué le rôle de dépositaire. Ici son intérêt exigera plus souvent l'annulation du contrat. Ainsi l'incapable a aliéné la chose déposée, ou bien il l'a perdue, ou il l'a laissée dépérir faute de soins. Il échappera à toute responsabilité à raison de ces faits, en demandant la nullité du contrat. Une fois cette nullité prononcée, le déposant n'aura contre l'incapable qu'une action en revendication, s'il possède encore la chose, ou une action *de in rem verso,* s'il ne l'a plus et qu'il en ait tiré quelque profit, par exemple une action en restitution du prix que l'incapable aurait retiré de la vente de la chose, si ce prix se trouve encore entre ses mains ou s'il lui a profité. C'est ce qui nous paraît résulter de l'art. 1926 : « *Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la* » *personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée,* » *tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jus-* » *qu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier* ».

Dans tous les cas, l'incapable serait responsable des conséquences du dol qu'il aurait commis. *In delictis minor ætas neminem excusat* (arg. art. 1310).

854. Normalement, le dépôt est fait par le propriétaire de la chose déposée ou par son mandataire. C'est ce que veut dire l'art. 1922 : « *Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire* » *de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite* ». Mais il ne résulte nullement de ce texte que le dépôt de la chose d'autrui soit nul. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire, pour la validité du contrat de dépôt que le déposant soit propriétaire de la chose déposée. Par exemple, si je dépose entre vos mains une chose qui m'a été prêtée, de vous à moi toutes les obligations résultant du dépôt prennent naissance, et notamment vous devrez me restituer la chose quand je vous la réclamerai, bien que vous ayez la preuve que je n'en suis pas propriétaire. Seulement le dépôt n'est pas opposable au propriétaire, parce qu'il est pour lui *res inter alios acta;* nous reviendrons sur ce point sous l'art. 1938.

855. Preuve du dépôt volontaire. — En ce qui concerne la preuve, le dépôt volontaire reste soumis de tous points aux règles du droit commun. De là il résulte :

1° Que la preuve de ce contrat, s'il n'y a commencement de preuve par écrit, ne pourra être faite par témoins qu'en matière n'excédant pas 150 fr. L'art. 1341 l'a déjà dit; l'art. 1923 le répète : « *Le dépôt* » *volontaire doit être prouvé par écrit. La preuve testimoniale n'en est* » *point reçue pour valeur excédant cent cinquante francs* ».

Le législateur a cru devoir s'expliquer sur ce point, parce qu'on aurait pu croire que le déposant est dans l'impossibilité morale d'exiger une reconnaissance écrite du dépôt, et que par suite il doit être admis à en faire la preuve par témoins quelle qu'en soit l'importance. En effet le dépôt n'est qu'une charge pour le dépositaire : en le lui confiant et en le priant de vouloir bien s'en charger, le déposant lui demande un service; peut-il songer à lui donner en même temps une marque de défiance en exigeant de lui une reconnaissance écrite du dépôt? — La réponse est simple. La

mesure n'a rien de blessant pour le dépositaire, parce qu'elle est prise contre ses héritiers beaucoup plus que contre lui-même. Se montre-t-il froissé? Le déposant lui dira : « Si j'étais sûr de n'avoir affaire qu'à vous, jamais je ne songerais à vous demander une preuve écrite du dépôt; votre parole me suffit. Mais vous pouvez mourir, et, si vous ne me donnez pas d'écrit, je me trouverai dans l'impossibilité d'établir mon droit à l'égard de vos héritiers, qui, n'ayant pas connaissance du dépôt, m'en refuseront très légitimement la restitution ».

2° Que, même en matière excédant 150 fr., l'existence du dépôt pourrait être prouvée par l'aveu du défendeur.

Supposons que le défendeur avoue le fait du dépôt, mais conteste son importance : par exemple le déposant prétend avoir déposé deux sacs de 1,000 fr., et le dépositaire soutient n'en avoir reçu qu'un ; l'aveu du défendeur ne prouvera sa dette que jusqu'à concurrence de 1,000 fr., et par conséquent le déposant qui n'a pas de preuve écrite n'aura d'action que dans cette mesure ; sauf la faculté qui lui appartiendrait, comme nous le dirons bientôt, de déférer le serment au défendeur.

Le dépositaire reconnaît le fait du dépôt, mais il prétend en même temps avoir restitué la chose déposée. Le principe de l'indivisibilité de l'aveu ne permet pas au déposant de s'emparer de la première partie de cette déclaration en répudiant la seconde. Le déposant n'aura donc pas d'action. Cpr. t. II, n. n. 1299 et s.

Tout ce que nous venons de dire est contenu en substance dans l'art. 1924, ainsi conçu : « *Lorsque le dépôt, étant au-dessus de cent cinquante francs, n'est point* » *prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire, en est cru sur sa décla-* » *ration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet,* » *soit pour le fait de sa restitution* ».

3° Que le déposant peut, en tout état de cause, et quel que soit l'intérêt engagé, déférer le serment au dépositaire sur l'existence ou l'objet du dépôt.

SECTION III

DES OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE

856. Le dépositaire est tenu de deux obligations principales. Il doit : 1° garder avec fidélité la chose déposée ; 2° la restituer, à première réquisition du déposant.

I. *Obligation de garder avec fidélité la chose déposée.*

857. En confiant un dépôt à quelqu'un, on lui impose une charge, la garde de la chose déposée. Mais on lui donne en même temps un témoignage de confiance. Le dépositaire doit s'en montrer digne : la fidélité est son premier devoir. Pothier tire de ce principe plusieurs conséquences ou corollaires, que nous allons retrouver dans les articles de notre section.

858. Premier corollaire. « *Le dépositaire doit apporter, dans la* » *garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde* » *des choses qui lui appartiennent* » (art. 1927).

En règle générale, le débiteur, tenu de veiller à la conservation d'une chose, est responsable de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille *(culpa levis in abstracto)*. L'art. 1927 établit une dérogation à cette règle en ce qui concerne le

dépositaire : il répond seulement de la faute qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres intérêts *(culpa levis in concreto)*. La règle et l'exception nous sont déjà connues; nous les avons expliquées dans notre tome II, n. n. 865 et s.

L'exception cesse de s'appliquer, et par conséquent on rentre dans la règle, c'est-à-dire que le dépositaire répond de la *culpa levis in abstracto,* dans les quatre hypothèses qu'indique l'art. 1928, ainsi conçu : « *La disposition de l'article précédent doit* » *être appliquée avec plus de rigueur,* 1° *si le dépositaire s'est offert lui-même pour* » *recevoir le dépôt;* 2° *s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt;* 3° *si le dépôt* » *a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire;* 4° *s'il a été convenu expres-* » *sément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute* ».

= *Si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt. Si deposito sese obtulit.* En allant ainsi au devant de l'offre du déposant, le dépositaire s'est tacitement engagé à apporter tous les soins d'un bon père de famille à la garde de la chose; car il a pu empêcher, dit Pothier, que le déposant ne s'adressât à une personne qui aurait été plus diligente que lui.

= *S'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt.* Il est tout naturel d'exiger une plus grande diligence de celui qui se fait payer ses soins que de celui qui les donne gratuitement.

= *Si le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire.* Pothier cite l'exemple suivant, qu'il emprunte lui-même à Ulpien. Vous proposant d'acheter un héritage, vous me demandez, au moment où je vais partir pour un long voyage, de vous prêter la somme nécessaire pour cette acquisition, au cas où vous concluriez le marché; alors je vous remets *à titre de dépôt* la somme nécessaire, en convenant avec vous que, si vous faites l'acquisition, le dépôt se transformera en un prêt à votre profit.

= *S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute.* On pourrait aussi convenir que le dépositaire répondra d'une certaine faute seulement.

L'art. 1929 ajoute : « *Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force* » *majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée* ».

Les mots *en aucun cas* sont employés par relation à l'article précédent, et notre disposition signifie que, même dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1928, le dépositaire ne répond pas en principe des accidents de force majeure. Cette règle souffre deux exceptions. La première, que la loi indique ici, est relative au cas où le dépositaire est en demeure de restituer le dépôt; on appliquerait alors la disposition de l'art. 1302. La deuxième a lieu, lorsque le dépositaire s'est chargé des cas fortuits par une clause expresse de la convention.

859. Deuxième corollaire. « *Il* [le dépositaire] *ne peut se servir de* » *la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant* ». (art. 1930). « Pour que le consentement soit présumé, dit Pothier, il ne suffit pas que le dépositaire, pour se flatter, se persuade que celui qui lui a confié le dépôt aurait consenti à l'usage qu'il fait des choses déposées, s'il lui en eût demandé la permission. Il faut qu'il ait un juste sujet de croire qu'il la lui aurait accordée; comme si la chose qu'il lui a donnée à garder est une chose qu'il lui avait prêtée auparavant plusieurs fois, et toutes les fois qu'il la lui avait demandée à emprunter » (*Dépôt,* n. 36).

Pothier ajoute que le dépositaire, qui se sert de la chose déposée sans le consentement au moins présumé du déposant, commet un vol d'usage. Nous avons déjà dit

que notre loi moderne ne connaît plus le vol d'usage. Le dépositaire infidèle sera tenu de payer des dommages et intérêts au déposant, sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des peines portées par l'art. 408 du code pénal, qui fait rentrer sous certaines conditions la violation du dépôt parmi les cas d'abus de confiance.

860. Troisième corollaire. « La fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt, dit Pothier (n. 68), l'oblige à ne pas chercher à connaître les choses qui lui ont été données en dépôt, lorsque celui qui les lui a données en dépôt a voulu les tenir cachées ». Au lieu de formuler ce principe, l'art. 1931 s'est borné à reproduire les deux applications qu'en fait Pothier : « *Il* [le dépositaire] *ne doit point chercher* » *à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui* » *ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée* ».

II. *Obligation de restituer le dépôt.*

861. Ce que doit restituer le dépositaire. — Le principe est que le dépositaire doit restituer la chose déposée, dans son identique individualité, *in specie*. Ainsi, quand j'ai déposé un sac de mille francs, le dépositaire devra me restituer le même sac de mille francs. Si j'ai déposé des pièces d'or à découvert, les mêmes pièces devront m'être restituées. L'art. 1932 semble dire qu'il suffirait de restituer des pièces semblables. Ce langage peut s'expliquer par cette considération qu'il est en général indifférent au déposant de recevoir les pièces mêmes qu'il a données ou d'autres du même type ; mais il est préférable de maintenir le principe dans toute sa rigueur. Sous le bénéfice de cette observation, voici le texte de la loi : « *Le dépositaire doit rendre* » *identiquement la chose même qu'il a reçue. — Ainsi, le dépôt des som-* » *mes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait,* » *soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur* » *valeur* » (art. 1932).

Le principe, que le dépositaire doit restituer la chose déposée *in specie*, souffre exception dans l'hypothèse du *dépôt irrégulier*. On désigne sous ce nom le dépôt qui est fait avec autorisation pour le dépositaire de faire de la chose déposée un usage qui la consommera, et de rendre, non la chose même qu'il a reçue, mais des choses semblables : comme si je dépose entre vos mains une somme d'argent, en convenant avec vous que vous la confondrez dans votre caisse avec l'argent qui vous appartient, que vous l'emploierez comme il vous plaira, et que vous me restituerez pareille somme.

Le dépôt irrégulier ressemble beaucoup à un prêt de consommation : dans l'un comme dans l'autre cas, les risques sont à la charge de l'*accipiens*. La principale différence est relative à l'époque de la restitution : dans le dépôt, même irrégulier, le dépositaire demeure tenu de restituer à première réquisition, tandis que, dans le prêt, il n'est tenu de restituer qu'à l'époque convenue.

« *Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état* » *où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui* » *ne sont pas survenues par son fait, sont à la charge du déposant* » (art. 1933).

« *Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure,* » *et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce* » *qu'il a reçu en échange* » (art. 1934). Ainsi j'ai déposé des denrées entre vos mains ; une guerre étant survenue, vous êtes obligé de livrer ces denrées sur une réquisition de l'autorité militaire. Vous ne serez tenu de me restituer que le prix que vous aurez reçu.

Aux termes de l'art. 1935 : « *L'héritier du dépositaire, qui a vendu* » *de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre* » *le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a* » *pas touché le prix* ».

L'obligation de restituer passe à l'héritier du dépositaire. On suppose que cet héritier a vendu la chose déposée, croyant qu'elle appartenait au défunt, de bonne foi par conséquent : l'héritier ignorait le dépôt. Alors, s'il a reçu le prix, il sera quitte en le restituant, et, s'il ne l'a pas reçu, en cédant son action en paiement contre l'acheteur. Une cession est nécessaire pour que le déposant puisse exercer cette action, et il n'y a pas, comme on l'a prétendu, une erreur juridique dans la disposition de notre texte qui l'ordonne ; car l'action née de la vente ne peut appartenir qu'au vendeur, et non au propriétaire, qui est demeuré étranger à la vente.

* Par argument de l'art. 1935 *in fine,* on doit décider que, si le dépositaire a fait assurer en son nom personnel la chose déposée et qu'elle périsse par un incendie dû à un cas fortuit, il peut être tenu de céder au déposant l'action en indemnité qu'il a acquise contre la compagnie, action qu'il ne peut exercer lui-même à raison du défaut d'intérêt, puisqu'il n'est pas responsable de la perte fortuite. *Adde* arg. art. 1303. V. en sens contraire Cass., 2 juin 1886, Sir., 86. 1. 449.

« *Si la chose déposée a produit des fruits qui aient été perçus par le* » *dépositaire, il est obligé de les restituer. Il ne doit aucun intérêt de* » *l'argent déposé, si ce n'est du jour où il a été mis en demeure de faire* » *la restitution* » (art. 1936).

Cette dernière disposition ne contient pas à proprement parler une exception à la règle générale de l'art. 1153 al. 3, d'après laquelle une demande judiciaire est nécessaire pour faire courir les intérêts d'une dette de somme d'argent ; car le dépositaire n'est pas débiteur d'une somme d'argent, il est débiteur d'un corps certain.

* Le dépositaire, qui, violant la prohibition de l'art. 1930, se sert de la somme qu'il a reçue en dépôt, en doit-il les intérêts de plein droit à dater de ce moment ? L'affirmative est généralement admise, par argument des art. 1996 et 1846. N'est-ce pas à tort ? Les deux textes précités dérogent au droit commun : ce qui ne permet pas de les étendre en dehors du cas qu'ils prévoient, même en vertu d'un argument *a fortiori* et à plus forte raison en vertu d'un simple argument d'analogie. D'ailleurs l'analogie est au moins contestable.

862. A qui doit être faite la restitution du dépôt. « *Le dépo-* » *sitaire ne doit restituer la chose déposée, qu'à celui qui la lui a confiée,* » *ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indi-* » *qué pour le recevoir* » (art. 1937).

La loi développe ce principe dans les dispositions qui suivent.

Nous lisons d'abord dans l'art. 1938 al. 1 : « *Il* [le dépositaire] *ne peut pas exiger* » *de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée* ». Bien plus, le dépositaire, qui aurait la preuve que cette chose n'appartient pas au déposant, ne serait pas fondé pour cela à refuser de la lui restituer, à moins que le propriétaire n'eût formé une opposition entre ses mains (art. 1944).

Cette règle souffre cependant une exception, que l'art. 1938 al. 2 formule en ces termes : « *Néanmoins, s'il découvre que la chose a été volée, et quel en est le vérita-* » *ble propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec somma-* » *tion de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénon-* » *ciation a été faite, néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement* » *déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu* ».

Cette disposition étant exceptionnelle doit être interprétée restrictivement. Ecrite en vue du dépôt d'une chose volée, elle ne saurait donc être étendue au dépôt d'une chose perdue.

Si le déposant est devenu incapable depuis l'époque où le dépôt a été effectué, la restitution doit être faite à son représentant légal. L'art. 1940 dit à ce sujet : « *Si la* » *personne qui a fait le dépôt, a changé d'état; par exemple, si la femme, libre au* » *moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari;* » *si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction : dans tous ces cas et autres* » *de même nature, le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration* » *des droits et des biens du déposant* ».

En sens inverse, si le dépôt a été fait par le représentant d'un incapable dont l'incapacité a aujourd'hui cessé, c'est à celui-ci que la restitution devra être faite. C'est ce principe qui a dicté l'art. 1941 : « *Si le dépôt a été fait par un tuteur, par un mari* » *ou par un administrateur, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à* » *la personne que ce tuteur, ce mari ou cet administrateur représentaient, si leur* » *gestion ou leur administration est finie* ».

L'art. 1939 prévoit le cas de mort du déposant avant que la restitution soit effectuée : « *En cas de mort naturelle* [*ou civile*] *de la personne qui a fait le dépôt, la* » *chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier. — S'il y a plusieurs héritiers,* » *elle doit être rendue à chacun d'eux pour leur part et portion. — Si la chose* » *déposée est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir* ».

Le mot *indivisible* a, dans le dernier alinéa de notre article, un sens spécial : il fait allusion au cas où la chose déposée est un corps certain non susceptible de division matérielle ; peu importe qu'elle soit susceptible de division intellectuelle et divisible par conséquent dans le sens des art. 1217 et s.

863. A quelle époque et en quel lieu doit se faire la restitution du dépôt. — L'art. 1944 répond à la première question, les art. 1942 et 1943 à la seconde. Nous nous bornons à reproduire ces textes.

Art. 1944. *Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée.*

Art. 1942. *Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant.*

Art. 1943. *Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt.* C'est-à-dire dans le lieu où se trouve la chose au moment de la restitution du dépôt. La tradition est en ce sens.

864. Disposition particulière. — *Le dépositaire infidèle n'est* » *point admis au bénéfice de cession* », dit l'art. 1945.

Le dépositaire infidèle est passible de la contrainte par corps, à raison des dommages et intérêts auxquels il est condamné envers le déposant pour avoir frauduleusement détourné ou dissipé la chose déposée (loi du 22 juillet 1867, art. 2, 3 et 5). Il ne peut pas se soustraire à cette voie rigoureuse d'exécution par le moyen de la cession judiciaire, dont notre article lui refuse le bénéfice, comme à tous les débiteurs de mauvaise foi (art. 1268).

865. Notre section se termine par une disposition que nous considérons comme inutile, parce qu'elle n'est qu'une application évidente des principes généraux : « *Tou-* » *tes les obligations du dépositaire cessent, s'il vient à découvrir et à prouver qu'il* » *est lui-même propriétaire de la chose déposée* » (art. 1946).

SECTION IV

DES OBLIGATIONS DE LA PERSONNE PAR LAQUELLE LE DÉPÔT A ÉTÉ FAIT

866. « *La personne qui a fait le dépôt, est tenue de rembourser au* » *dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose* » *déposée, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui* » *avoir occasionnées* » (art. 1947).

En accordant au dépositaire l'action résultant du dépôt (*actio depositi contraria*) pour le remboursement des dépenses de *conservation* ou impenses nécessaires, la loi lui refuse implicitement cette même action pour les autres impenses qu'il aurait pu faire relativement à la chose déposée, c'est-à-dire pour les impenses d'*amélioration* (impenses utiles) et pour celles d'*agrément* (impenses voluptuaires). Mais on admet généralement que le dépositaire aurait contre le déposant l'action *de in rem verso* pour les impenses utiles. A raison des impenses voluptuaires il n'aurait que le *jus tollendi* (arg. art. 599).

Les intérêts des sommes que le dépositaire a déboursées pour impenses nécessaires courent-ils de plein droit à son profit? Nous admettons l'affirmative. Le dépositaire a reçu mandat tacite du déposant, à l'effet de faire les impenses nécessaires; il peut donc invoquer la disposition de l'art. 2001.

Le déposant doit aussi, d'après notre article, indemniser le dépositaire de toutes les pertes que le dépôt lui a occasionnées, par exemple des pertes résultant des vices cachés dont la chose était atteinte et qui se sont communiqués par la contagion à d'autres choses appartenant au dépositaire.

867. Pour garantir l'exécution des diverses obligations dont le déposant est tenu à raison du dépôt, la loi accorde au dépositaire un droit de *rétention* sur la chose déposée. Ce droit est réel, c'est-à-dire opposable, non seulement au déposant, mais aussi aux tiers, par exemple à l'acquéreur de la chose déposée. Il est consacré par l'art. 1948, ainsi conçu : *Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de* » *ce qui lui est dû à raison du dépôt* ».

Indépendamment de ce droit de rétention, le dépositaire a même un privilège sur la chose déposée pour les impenses de conservation (art. 2102-3°).

SECTION V

DU DÉPÔT NÉCESSAIRE

868. La loi s'occupe dans cette section : 1° du dépôt nécessaire en général (art. 1949 à 1951) ; 2° du dépôt d'hôtellerie, qu'elle assimile à un certain point de vue au dépôt nécessaire (art. 1952 à 1954).

I. *Du dépôt nécessaire, en général.*

869. Le dépôt est *volontaire,* lorsque le déposant a pu choisir en toute liberté la personne du dépositaire. Au cas où son choix a été dicté, sinon imposé par les circonstances (incendie, ruine, pillage...), on est dans l'hypothèse du dépôt nécessaire. La loi établit assez mal cette opposition dans les articles de début des sections II et V : « *Le » dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne » qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit* », nous a dit l'art. 1921 ; et on lit dans l'art. 1949 : « *Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé » par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un nau- » frage ou autre événement imprévu* ». Il semblerait résulter de la combinaison de ces deux textes que le consentement des parties, essentiel à la formation du dépôt volontaire, ne l'est plus pour la formation du dépôt nécessaire. Mais telle n'a pu être la pensée du législateur. Le dépôt ne cesse pas d'être un contrat, quand il devient nécessaire à raison des circonstances; or il n'y a pas de contrat sans consentement (art. 1108). Tout ce que la loi veut dire, c'est que le déposant peut être obligé, au cas de dépôt nécessaire, de confier le dépôt au premier venu qui veut bien s'en charger.

Les circonstances qui donnent naissance au dépôt nécessaire sont presque toujours malheureuses, et c'est pourquoi la loi romaine désignait ce dépôt sous la dénomination de *depositum miserabile.*

870. La précipitation, avec laquelle il faut agir au cas de dépôt nécessaire, ne permet pas au déposant de songer à se procurer une preuve écrite du dépôt. Aussi l'art. 1950, dérogeant sur ce point aux règles du droit commun, dispose-t-il : « *La preuve par témoins peut être » reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au- » dessus de cent cinquante francs* ». Cpr. art. 1348-2°. — Remarquez que la preuve testimoniale est admissible, non seulement pour établir le fait du dépôt, mais aussi pour prouver la nature et la valeur des choses déposées.

« *Le dépôt nécessaire est d'ailleurs régi par toutes les règles précédem- » ment énoncées* » (art. 1951).

II. *Du dépôt d'hôtellerie.*

871. Pothier donne ce nom aux dépôts que les voyageurs font de leurs effets dans les hôtelleries.

L'art. 1952 assimile le dépôt d'hôtellerie au dépôt nécessaire. « *Les » aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets » apportés par le voyageur qui loge chez eux ; le dépôt de ces sortes » d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire* ». La preuve par témoins est donc admissible, même au-dessus de 150 fr., pour établir en cas de besoin le fait du dépôt et son importance.

Et toutefois, le principe de l'admission indéfinie de la preuve testimoniale reçoit ici une importante limitation, qui d'ailleurs n'est pas particulière au dépôt d'hôtellerie : elle s'applique à tous les autres cas de dépôt nécessaire ; et, si nous l'avons mise en réserve pour en parler ici, c'est qu'elle reçoit surtout son application au dépôt d'hôtellerie. Cette limitation résulte des mots qui terminent l'art. 1348-3° et qui sont la reproduction littérale du texte de l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 4) : « le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances » du fait ». La loi investit donc le juge d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, en ce qui concerne l'admission ou le rejet de la preuve testimoniale. « Autrement, comme le dit Pothier, si cette preuve était indistinctement accordée à toutes sortes de personnes, les aubergistes seraient à la discrétion des filoux ; un filou viendrait loger dans une auberge, demanderait à faire la preuve d'un prétendu dépôt qu'il prétendrait avoir fait à l'aubergiste ; et pour faire cette preuve, il ferait entendre, comme témoins, deux filoux de ses camarades » (*Dépôt,* n. 80).

872. De quelle faute l'aubergiste est-il responsable ? Le dépositaire, même quand le dépôt est nécessaire, ne répond en principe que de la faute qu'il ne commettrait pas dans ses propres affaires, *culpa levis in concreto* (art. 1927). C'est une exception aux règles du droit commun, d'après lesquelles le débiteur, obligé de veiller à la conservation d'une chose, est tenu de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, de la *culpa levis in abstracto* (art. 1137). Mais nous savons que cette exception cesse elle-même de s'appliquer, et que par conséquent on rentre dans la règle, lorsque le dépositaire a stipulé un salaire (art. 1928-2°). C'est précisément le cas de l'aubergiste, qui ne fait rien gratuitement pour les voyageurs qu'il reçoit. L'aubergiste est donc tenu de la *culpa levis in abstracto.* Nous voyons même que l'art. 1953 aggrave singulièrement pour lui la responsabilité du droit commun, en mettant à sa charge, sans distinction aucune, des événements, qui, dans bien des circonstances, semblent constituer des cas fortuits : » *Ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit* » *que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domesti-* » *ques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant* » *dans l'hôtellerie* ».

En tant que ce texte déclare l'aubergiste responsable du vol ou du dommage commis par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, il ne fait que lui appliquer la responsabilité du droit commun ; mais il la dépasse, en le rendant responsable en outre du vol ou du dommage commis par les personnes *allant et venant dans l'hôtellerie :* expressions qui semblent bien comprendre dans leur généralité, non seulement les

voyageurs habitant l'hôtellerie, mais aussi les étrangers qui s'y sont introduits furtivement. L'aubergiste, nous venons de le dire, peut ainsi avoir à répondre de vols, qui, dans toute autre circonstance, demeureraient à la charge du propriétaire comme constituant des cas fortuits. La loi ne décharge l'aubergiste que lorsque le vol constitue, non plus simplement un cas fortuit, mais un cas de force majeure. C'est du moins ce qui paraît résulter de l'art. 1954, ainsi conçu : « *Ils ne sont pas* » *responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure* ».

873. Grande, on le voit, est la rigueur de la loi à l'égard des aubergistes. Il le fallait pour la sécurité des voyageurs, qui est un besoin social de premier ordre. Un voyageur n'a pas les moyens de s'enquérir de la moralité de l'aubergiste auquel il vient demander l'hospitalité. D'autre part, comme le dit fort bien M. Laurent, l'aubergiste s'offre à la confiance du public, il promet aux voyageurs qu'ils trouveront chez lui une entière sécurité pour leurs personnes et pour leurs effets. C'est cette sécurité qui multiplie les voyages, et ce sont les aubergistes qui en profitent.

Mais plus la loi est sévère, plus il importe de n'en pas étendre arbitrairement la portée. De là nous tirerons deux déductions.

1° Nos articles parlent des *aubergistes* ou *hôteliers ;* et, si cette expression doit être considérée comme comprenant tous ceux qui font profession de loger des voyageurs, même quand ils ne leur fournissent pas la nourriture (nous songeons à ceux qui tiennent des hôtels garnis), nous n'hésitons pas à dire qu'elle ne comprend pas les cafetiers, restaurateurs et maîtres de pension. Nos articles paraissent également inapplicables aux directeurs de théâtre en ce qui concerne les effets déposés au vestiaire (v. cependant trib. de la Seine, 5 janvier 1888, Sir., 88. 2. 45) et aux directeurs d'établissements de bains publics (Caen, 17 novembre 1875, Sir., 76. 2. 49).

2° Etablies en faveur des *voyageurs,* les dispositions exceptionnelles de nos articles ne peuvent être invoquées par ceux qui n'ont pas cette qualité, par exemple par une personne qui, ayant loué un appartement dans une hôtellerie de la localité qu'elle habite, y a apporté des effets. D'ailleurs le motif de la loi manque ici aussi bien que son texte.

Mais, si l'on ne doit pas étendre la loi au delà de ses justes limites, il ne faut pas non plus en restreindre arbitrairement la portée. Or l'art. 1952 dit que l'aubergiste est responsable de tous les *effets* apportés par le voyageur dans l'hôtellerie, et cette expression doit être considérée comme comprenant dans sa généralité tout ce que le voyageur transporte avec lui pour les besoins de son voyage, quel qu'en soit le but, même l'argent et les billets de banque, même les bijoux. C'est donc avec raison qu'une décision judiciaire a déclaré un

aubergiste responsable d'un vol de diamants, commis dans l'hôtellerie au préjudice d'un commis-voyageur en bijouterie, qui les transportait avec lui pour les besoins de son commerce.

On voit que la responsabilité de l'aubergiste est indéfinie. La jurisprudence paraît accepter ce principe; mais elle tempère sa rigueur en décidant que l'aubergiste cesse d'être responsable, s'il prouve que la perte dont se plaint le voyageur a été occasionnée par sa faute. Tel serait le cas où le voyageur, ayant oublié de retirer la clé du secrétaire dans lequel il avait mis son argent, aurait été volé par une personne du dehors qui se serait furtivement introduite dans l'hôtellerie.

874. Dans notre ancien droit, l'aubergiste n'était responsable des effets apportés par les voyageurs dans l'hôtellerie qu'autant que le dépôt en avait été fait entre ses mains. Une disposition du projet, conçue dans ce sens, a été repoussée sur les observations du Tribunat, et par conséquent cette condition ne saurait plus être exigée.

875. Sur le point de savoir si un aubergiste pourrait limiter l'étendue de sa responsabilité à l'aide d'un avis affiché dans toutes les chambres de l'hôtellerie, il y aurait lieu d'adopter la solution que nous donnons sur une question semblable, au sujet du voiturier, *supra* n. 725.

CHAPITRE III

DU SÉQUESTRE

SECTION PREMIÈRE

DES DIVERSES ESPÈCES DE SÉQUESTRE

876. Définition. — Le séquestre constitue une mesure conservatoire. C'est une espèce de dépôt, fait entre les mains d'un tiers, à l'amiable ou sur l'ordre du juge, d'une chose sur laquelle plusieurs personnes ont ou prétendent avoir des droits, en attendant le règlement définitif de ces droits.

Il résulte de cette définition qu'il existe deux espèces de séquestre, le séquestre *conventionnel* et le séquestre *judiciaire*. C'est en effet ce que dit l'art. 1955.

Le plus souvent, le séquestre a lieu à l'occasion d'une chose *contentieuse* ou *litigieuse*, ce qui explique le langage des art. 1956 et 1961; mais cette condition n'est pas essentielle. V. notamment art. 602.

Le mot *séquestre* est aussi employé quelquefois pour désigner la personne qui se charge du dépôt.

SECTION II

DU SÉQUESTRE CONVENTIONNEL

877. « *Le séquestre conventionnel est le dépôt fait, par une ou plu-* » *sieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers*

» *qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne* » *qui sera jugée devoir l'obtenir* » (art. 1956).

= *Par une ou plusieurs personnes.* Pothier, auquel cette définition a été empruntée, dit avec raison : *par* DEUX *ou plusieurs personnes;* et en effet si la chose contentieuse est déposée par un seul des prétendants, c'est le cas du dépôt ordinaire, et la chose doit être rendue à première réquisition au déposant. *Licet deponere tam unus quam plures possunt, attamen apud sequestrum nonnisi plures deponere possunt,* dit la loi 17, D., *Depositi.* Une inadvertance paraît la seule explication possible de la modification que le législateur a fait subir à la définition de Pothier.

878. Aux termes de l'art. 1957 : « *Le séquestre peut n'être pas gra-* » *tuit* ». C'est dire qu'il est gratuit de sa nature : une convention spéciale est nécessaire pour que celui qui s'est chargé du séquestre conventionnel ait droit à un salaire.

Les effets de ce contrat varient singulièrement, suivant qu'il est gratuit ou salarié.

a. — Le séquestre est salarié. Le contrat, comme le remarque fort justement Pothier, tient alors plutôt du louage que du dépôt : ce qui a surtout de l'importance au point de vue de la prestation des fautes, celui qui loue ses services étant tenu de la *culpa levis in abstracto,* tandis que le dépositaire n'est tenu que de la *culpa levis in concreto* (art. 1927).

b. — Le séquestre est gratuit. Alors c'est un véritable dépôt, sauf quelques différences que nous allons indiquer (art. 1958).

PREMIÈRE DIFFÉRENCE. « *Le séquestre peut avoir pour objet, non seulement des effets* » *mobiliers, mais même des immeubles* » (art. 1959). Au contraire, le dépôt ne peut avoir que des meubles pour objet.

DEUXIÈME DIFFÉRENCE. Dans le contrat de dépôt, le dépositaire est tenu de restituer la chose au déposant, à première réquisition; au contraire, dans l'hypothèse du séquestre, celui qui est chargé de la garde de la chose ne peut la rendre qu'après la contestation terminée, et seulement à celui des déposants qui a obtenu gain de cause, à moins que tous les intéressés ne s'entendent pour en demander la restitution avant cette époque.

TROISIÈME DIFFÉRENCE. Le dépositaire peut, en principe, renoncer, quand il le juge à propos, à la garde du dépôt. Le séquestre, au contraire, ne peut pas renoncer avant la fin du litige à la garde de la chose qui lui a été confiée; il peut cependant s'en faire décharger pour une cause jugée légitime, par exemple une maladie ou un voyage urgent.

Ces deux dernières différences résultent de l'art. 1960, ainsi conçu : « *Le déposi-* » *taire chargé du séquestre ne peut être déchargé avant la contestation terminée,* » *que du consentement de toutes les parties intéressées ou pour une cause jugée* » *légitime* ».

SECTION III

DU SÉQUESTRE OU DÉPÔT JUDICIAIRE

879. « *La justice peut ordonner le séquestre, — 1° Des meubles saisis* » *sur un débiteur; — 2° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la* » *propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs person-* » *nes; — 3° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération* » (art. 1961). D'après la jurisprudence, cette énumération n'est pas limitative. Paris, 21 avril 1886, Sir., 87. 2. 203.

Passons en revue les divers termes de l'énumération légale. La justice peut ordonner le séquestre :

1° *Des meubles saisis sur un débiteur.* L'établissement d'un séquestre ou gardien aux effets saisis émane de l'huissier qui procède à la saisie (C. pr. art. 596 et 597); mais, comme cet officier ministériel agit au nom et par l'ordre de la justice, on a pu considérer le séquestre qu'il établit comme un séquestre judiciaire.

L'art. 1962 détermine les obligations du gardien judiciaire d'effets saisis : « *L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des » obligations réciproques. Le gardien doit apporter pour la conservation des effets » saisis les soins d'un bon père de famille.— Il doit les représenter, soit à la décharge » du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été » faites, en cas de main-levée de la saisie. — L'obligation du saisissant consiste à » payer au gardien le salaire fixé par la loi* ».

2° *D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes.* L'art. 1963 indique suffisamment à quelles personnes peut être confié le séquestre judiciaire : « *Le séquestre judiciaire » est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues entre elles, » soit à une personne nommée d'office par le juge. — Dans l'un et l'autre cas, celui » auquel la chose a été confiée, est soumis à toutes les obligations qu'emporte le « séquestre conventionnel* ».

Le séquestre judiciaire ayant pour but unique la conservation de la chose litigieuse, ne confère pas d'autres pouvoirs que ceux d'administration. [Cass., 14 novembre 1883, Sir., 85. 1. 423.

3° *Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération.* Il s'agit du cas où le débiteur d'une chose autre qu'une somme d'argent, qui a fait inutilement des offres réelles à son créancier, veut se libérer par une consignation : il fera déterminer alors par la justice un lieu où il pourra mettre la chose en dépôt. Nous sommes donc plutôt dans l'hypothèse d'un dépôt judiciaire que d'un séquestre. Pothier distinguait les deux hypothèses; notre législateur a peut-être eu tort de les confondre.

Nous avons vu (t. II, n. 1064) qu'au cas où il s'agit d'une dette de somme d'argent le débiteur peut, après avoir fait des offres réelles, se libérer par un versement à la caisse des dépôts et consignations, sans qu'une autorisation de la justice lui soit nécessaire pour effectuer ce dépôt (art. 1259).

TITRE XII

Des contrats aléatoires.

880. Etymologie et définition. *Aléatoire* vient d'*alea,* qui désigne un événement incertain.

Aux termes de l'art. 1964 : « *Le contrat aléatoire est une convention » réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour » toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent » d'un événement incertain. — Tels sont, — Le contrat d'assurance, — Le » prêt à grosse aventure, — Le jeu et le pari, — Le contrat de rente » viagère. — Les deux premiers sont régis par les lois maritimes* ».

L'aliéna 1 de cet article, ainsi que nous l'avons déjà noté (t. II, n. 790), donne du contrat aléatoire une définition qui diffère notablement de celle contenue dans l'art. 1104. La loi nous présente ici le contrat aléatoire comme pouvant offrir des chances

de gain et de perte pour l'une des deux parties seulement, tandis que ces chances seraient nécessairement réciproques d'après l'art. 1104. Nous avons dit qu'il faut s'en tenir à la définition contenue dans ce dernier article.

880 *bis.* Parmi les quatre contrats aléatoires dont l'art. 1964 donne l'énumération, deux seulement ont été réglementés par le législateur du code civil, savoir : la rente viagère d'une part, et d'autre part le jeu et le pari que la loi confond dans une même disposition, sans doute parce qu'elle considère le pari comme un jeu d'une espèce particulière.

Notre article annonce que les deux autres contrats, l'assurance et le prêt à la grosse aventure, sont régis par les lois maritimes. Voy. C. co., art. 332 et s., 311 et s. En ce qui concerne le prêt à la grosse aventure, il appartient en effet tout entier au droit maritime et avait ainsi sa place marquée dans le code de commerce. Mais il n'en est pas de même de l'assurance. Ce contrat, qui est encore à l'état d'enfance et qui nous apparaît comme un des plus puissants leviers de l'avenir, appartient plus encore au droit civil qu'au droit commercial, et il aurait dû par conséquent trouver place à la fois dans le code civil et dans le code de commerce : dans le code civil pour les assurances terrestres, dans le code de commerce pour les assurances maritimes. Or notre législateur a bien rempli cette dernière partie de sa tâche (voyez le titre X du livre II du code de commerce), mais il n'a pas rempli la première. Le code civil est muet sur les assurances terrestres, et il en résulte que l'une des matières les plus importantes de notre droit se trouve privée de toute réglementation; il faut se contenter des principes généraux et des analogies que fournit la loi commerciale. C'est une lacune grave qui ne saurait être trop tôt comblée.

CHAPITRE PREMIER

DU JEU ET DU PARI

1. *Généralités.*

881. Définitions. — Le *jeu* est une convention par laquelle chaque joueur, pour le cas où il perdrait, s'oblige à payer au gagnant une certaine somme d'argent ou toute autre chose, qui forme ce que l'on appelle l'*enjeu* de la partie.

Il y a des jeux de pur hasard, comme si l'on joue à pile ou face. L'exemple donné par M. Pont, *la roulette,* surprendrait nombre de joueurs qui passent leur vie à chercher des combinaisons infaillibles pour gagner à ce jeu. Les jeux de pur hasard sont rares. La plupart du temps, l'industrie du joueur joue un rôle plus ou moins prépondérant; mais il y a toujours une large part laissée au hasard, autrement il n'y aurait pas jeu.

Le *pari* est une convention intervenue entre deux personnes qui sont en désaccord sur un sujet quelconque, et par lequel chacun des parieurs s'oblige, pour le cas où son opinion serait reconnue mal fondée, de payer à l'autre une certaine somme ou un objet déterminé.

881 *bis.* Confondant dans une seule et même disposition le jeu et le pari, entre lesquels il existe en effet une très grande affinité, l'art. 1695

dispose : « *La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour* » *le paiement d'un pari* ». Quel en est le motif? Le jeu peut être un délassement ou une spéculation. Dans le premier cas, il ne mérite aucune réprobation ; mais alors l'enjeu sera sans importance eu égard à la situation pécuniaire des parties, et le refus d'une action au gagnant pour obtenir le paiement de ce que lui doit le perdant, se justifie par la maxime *De minimis non curat prætor*. Si le jeu constitue une spéculation, une industrie, un moyen d'enrichissement, alors la loi, sans le flétrir comme un délit, sans même le réprouver précisément comme une convention immorale, le considère cependant comme présentant un certain danger pour la société et refuse à ce titre de le sanctionner par une action. Et en effet le jeu, en faisant entrevoir la perspective de gains faciles, détourne les hommes du travail, qui est la base de l'ordre social ; il démoralise plus encore qu'il ne ruine, et constitue par conséquent un péril pour la société.

Ainsi donc la loi refuse dans tous les cas une action au gagnant contre le perdant, soit parce que la convention est en dehors de son domaine, s'il s'agit d'un simple divertissement, soit, si elle dépasse ces proportions, parce qu'elle se présente sous un jour défavorable, à cause du danger qu'elle fait courir à la société.

Les mêmes considérations s'appliquent, quoique avec moins de force, au pari.

882. On voit que le jeu et le pari n'engendrent pas d'obligation civile; car le propre de l'obligation civile est d'être munie d'une action. Mais ils donnent naissance à une obligation naturelle. C'est du moins ce qui paraît résulter de l'art. 1967 : « *Dans aucun cas, le perdant* » *ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait* » *eu de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie* ». Ce texte ne fait qu'appliquer aux dettes de jeu ou de pari la règle générale formulée par l'art. 1235 al. 2, aux termes duquel : « La répétition » n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été » volontairement acquittées ». Mais la dette de jeu ne serait pas susceptible d'une novation ni d'un cautionnement valable : en effet on conférerait ainsi au créancier le droit de se faire payer, et la loi refuse le droit d'action. D'ailleurs, on conçoit fort bien que la dette de jeu puisse produire quelques-uns des effets de l'obligation naturelle, sans qu'elle doive nécessairement les produire tous.

La théorie que nous venons d'exposer n'est pas acceptée par tout le monde. Plusieurs auteurs, se fondant principalement sur les explications qui ont été données lors de la confection de la loi, et notamment sur le discours de l'orateur du Tribunat, qui a qualifié le jeu de *monstre anti-social*, considèrent cette convention comme immorale, à raison de sa cause qui serait illicite ; et, comme une obligation dont la cause est illicite ne peut produire aucun effet (art. 1131), que par suite elle ne peut

pas valider le paiement qui en aurait été effectué, ils expliquent le refus de l'action en répétition, *soluti retentio* (art. 1957), par la maxime *Quum dantis et accipientis turpitudo versatur, cessat repetitio.*

D'autres disent que la dette de jeu constitue une obligation civile, mais dépourvue d'action : ce qu'il est assez difficile d'admettre, car, par définition même, les obligations civiles sont celles que la loi civile sanctionne par une action.

883. Supposons qu'au lieu de payer, le perdant ait souscrit une reconnaissance de sa dette, un billet au profit du gagnant; le gagnant aura-t-il une action pour en exiger le paiement? Nous ne le pensons pas. Le billet n'est qu'une promesse de payer; or une promesse de payer n'est pas un paiement; on ne se trouve donc pas dans l'hypothèse exceptionnelle prévue par l'art. 1967; par conséquent on rentre dans la règle de l'art. 1965, qui refuse toute action pour une dette de jeu.

* Il se peut que le billet souscrit par le perdant soit à ordre et que le gagnant l'ait négocié. Alors le porteur du billet, du moins s'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il a ignoré la cause de la dette, aura action contre le perdant, sans que celui-ci puisse lui opposer l'exception de jeu. Ainsi l'exige l'intérêt supérieur de la sécurité du commerce. D'ailleurs, en souscrivant un engagement dans la forme commerciale et en négligeant d'en indiquer la cause, le perdant s'est volontairement exposé à ce danger; il doit en subir les conséquences. Mais nous croyons que le perdant, qui aurait payé dans ces conditions, pourrait exercer l'action en répétition contre le gagnant ; car l'art. 1967 ne la lui refuse que lorsqu'il a payé *volontairement;* or ici il y a bien eu une promesse de paiement faite volontairement, mais il n'en a pas été de même du paiement fait en exécution de cette promesse. Cass., 12 novembre 1884, Sir., 85. 1. 69.

884. Suivant l'opinion générale, lorsque les joueurs mettent leur enjeu sur la table, le perdant doit être considéré comme ayant payé volontairement sa dette par anticipation ; par suite la répétition lui est interdite par application de l'art. 1967.

885. Le principe que les dettes de jeu ne sont pas sanctionnées par une action reçoit une exception relativement à certains jeux que le législateur voit d'un œil favorable; l'art. 1966 al. 1 la formule en ces termes : « *Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à » pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux » de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont » exceptés de la disposition précédente* ».

Comme toute exception, celle qui nous occupe doit recevoir l'interprétation restrictive. Ecrite en vue des jeux *qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps,* elle ne saurait donc être étendue aux jeux intellectuels, par exemple au jeu d'échecs, ni même aux jeux d'adresse qui ne tiennent pas en même temps à l'exercice du corps, tels que le jeu de billard.

Les jeux qui peuvent favoriser le développement du corps méritent d'être encouragés, et c'est pour ce motif que la loi sanctionne à l'aide d'une action la convention par laquelle les parties, en intéressant ces jeux, les rendent par cela même plus sérieux. Mais cela suppose que l'enjeu est modéré ; s'il est excessif, les parties ont été dominées par une pensée de lucre : le motif de l'exception n'existe plus, et l'on doit par conséquent rentrer dans la règle. Aussi l'art. 1966 al. 2 dispose-t-il : « *Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande, quand la somme*

» *lui paraît excessive* ». Remarquez que la loi permet seulement au tribunal de rejeter la demande ; il n'aurait donc pas le droit de la réduire.

2. *Des jeux de bourse.*

886. Les jeux de bourse ne sont pas autre chose que des paris sur la hausse et sur la baisse des effets publics. Ils se réalisent ordinairement sous la forme de marchés à terme.

Le *marché à terme* est une vente portant sur des valeurs de bourse et dans laquelle un délai est formellement stipulé pour la livraison des titres, et par suite pour le paiement du prix. Ces marchés, qui répondent à certains besoins de la spéculation, sont faits *à couvert,* lorsque les agents de change sont *couverts,* c'est-à-dire lorsqu'ils reçoivent, avant la conclusion du marché qui doit se réaliser par leur entremise, les titres ou les sommes nécessaires à sa réalisation. Dans le cas contraire, le marché est dit *à découvert.*

Les marchés à terme, même faits à découvert, peuvent être très sérieux. Mais quelquefois ils sont purement fictifs, et alors ils se résolvent en un pari sur la hausse et sur la baisse des effets vendus.

Le marché à terme est sérieux, lorsqu'au moment de sa conclusion les parties ont l'intention sérieuse, l'une de vendre et de livrer les titres au terme convenu, l'autre d'acheter et de prendre livraison.

Il est fictif, lorsqu'il est entendu entre les parties, dès l'époque de la formation du contrat, que la livraison des titres et le paiement de leur prix n'auront pas lieu au terme convenu, et que le marché se liquidera par le paiement de simples différences.

Ainsi, croyant à la baisse prochaine de la rente 3 °/₀ qui vaut aujourd'hui par hypothèse 80 fr. environ, je charge un agent de change de vendre pour mon compte 30,000 fr. de rente sur l'Etat 3 °/₀, livrables fin du mois courant, au prix de 80 fr. De votre côté, croyant à une hausse prochaine, vous chargez un autre agent de change de vous acheter 30,000 fr. de rente sur l'Etat 3 °/₀, livrables fin courant, au même prix de 80 fr. Nos deux agents de change traitent ensemble. Si la convention est sérieuse, je devrai au terme convenu livrer les titres, et de votre côté vous devrez payer contre leur livraison la somme de 800,000 fr. La rente a-t-elle baissé, conformément à mes prévisions? vaut-elle par exemple à l'époque de la livraison 79 fr. au lieu de 80 fr. ? je gagnerai la différence entre le cours du jour et le cours de la vente, soit 10,000 fr. ; car je toucherai 800,000 fr. pour prix de mes titres, que je ne trouverais plus à vendre aujourd'hui que 790,000 fr. La rente au contraire a-t-elle haussé, comme vous le pensiez ? vaut-elle au jour de la livraison 81 fr. ? c'est vous qui gagnerez 10,000 fr. ; car vous recevrez moyennant 800,000 fr. des titres de rente, qu'il vous faudrait payer aujourd'hui 810,000 fr. et que vous pouvez vendre immédiatement à ce prix.

Il se peut même, sans que le caractère de la convention soit altéré, que nous convenions, au moment fixé pour l'exécution, qu'au lieu de procéder à ce mouvement de titres et d'argent, je vous paierai ou vous me paierez seulement la somme de 10,000 fr. Un marché à terme fait à découvert n'est pas nul, lorsque, *en vertu d'une convention postérieure à sa conclusion,* il se résout par le paiement d'une simple différence. En pareil cas, le marché, lorsqu'il a été passé, n'avait rien de fictif ; le vendeur était obligé à livrer au terme convenu, et l'acheteur à prendre livraison et à payer son prix. En convenant après coup que leur situation respective se liquidera par le paiement d'une simple différence, les parties n'ont fait que résoudre leur contrat sous une certaine condition qui n'a rien de contraire à l'ordre public ; c'était leur droit.

Mais une troisième hypothèse est possible. Il est convenu entre nous dès l'origine que je ne livrerai pas les titres au terme fixé et que vous n'en paierez pas le prix, que notre situation se règlera par le paiement de simples différences, par exemple dans l'espèce proposée que vous me paierez 10,000 fr. si la rente ne vaut plus que 79 fr. à l'expiration du terme fixé pour la livraison, et que ce sera moi au contraire qui vous paierai cette somme si la rente vaut 81 fr. Alors la convention n'est plus qu'un pari sur la hausse ou la baisse de la rente, c'est-à-dire un jeu d'une nature particulière : j'ai joué à la baisse, vous avez joué à la hausse !

886 *bis*. La question de savoir si les marchés à terme faits à découvert sont valables d'après notre loi, était l'objet de graves difficultés en doctrine et en jurisprudence. Depuis la promulgation du code civil jusqu'en 1823, les cours d'appel jugèrent qu'aucune loi en vigueur ne prohibait de semblables marchés. Une solution exactement inverse prévalut de 1823 à 1832. A cette époque une distinction se fait jour : on ne peut pas valablement vendre à découvert, mais on peut acheter à découvert. Enfin, à partir de 1848, la jurisprudence entre dans une nouvelle voie. Le marché à terme, fait à découvert même par le vendeur, n'est pas prohibé par la loi. Mais, s'il est reconnu que le marché est fictif, il constitue un jeu ou un pari, et par suite il y a lieu à l'application des art. 1965 et 1967 : ce qui conduit à dire que toute action en justice doit être refusée, soit aux agents de change l'un contre l'autre, soit aux clients contre leurs agents de change, soit à ceux-ci contre leurs clients; mais ce qui aura été payé par les uns ou par les autres en exécution du marché ne pourra être répété.

Quant à savoir si le marché était sérieux ou fictif, on s'accordait à reconnaître que c'était une question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation, sans que sa décision pût encourir sur ce point la censure de la cour suprême. Il s'agissait de savoir quelle avait été l'intention des parties au moment de la conclusion du marché, et, pour la découvrir, les tribunaux s'inspiraient des circonstances de la cause : ils considéraient surtout le rapport existant entre l'importance du marché et la fortune des parties; on tenait compte aussi de leur profession et de leur habitude de liquider leurs opérations par le paiement de simples différences. Cass., 21 août 1882, Sir., 84. 1. 425.

886 *ter*. Cette jurisprudence conduisit à annuler arbitrairement un grand nombre de marchés à terme qui étaient sérieux. Les nombreuses réclamations qu'elle a soulevées ont fait éclore la loi du 28 mars 1885, dont l'art 1er porte : « Tous marchés » à terme sur effets publics et autres; tous marchés à livrer sur denrées et mar- » chandises sont reconnus légaux.— Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations » qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 C. civ., lors même qu'ils se résou- » draient par le paiement d'une simple différence ».

Il s'agit de préciser la portée exacte de la loi nouvelle.

Ce que le législateur a voulu valider, ce qu'il reconnaît légal, c'est le marché à terme tel qu'il se pratique à la bourse. Or ce marché implique le droit pour l'acheteur de se faire livrer les titres à l'échéance et même plus tôt à son gré, ou de s'en procurer sur la place aux frais du vendeur, et le droit pour le vendeur d'obliger l'acheteur à les recevoir. Cette obligation corrélative n'est pas seulement imposée par l'usage du commerce; elle est écrite dans les bordereaux qui constatent la conclusion des marchés à terme. Sans doute il arrive souvent que ces marchés n'aboutissent à aucune livraison de titres et se liquident par le paiement de simples différences. Mais ce résultat ne peut provenir que d'une convention postérieure à la conclusion du marché. L'acheteur, qui pouvait l'exiger, ne réclame pas la remise effective des titres, et le vendeur, qui pouvait contraindre l'acheteur à les recevoir, consent à ne pas user de son droit. Or, ainsi que nous l'avons dit plus haut, un fait postérieur ne saurait modifier la nature qu'avait le contrat lors de sa formation.

La jurisprudence, analysant autrement les marchés à terme, maintenait les uns comme sérieux et annulait les autres comme fictifs, en prenant pour base de sa distinction, pour signe caractéristique, l'intention des parties au moment de la conclusion du marché. Système évidemment arbitraire; car l'intention des parties se manifeste dans le bordereau délivré par l'agent de change; or ce bordereau, qui est toujours libellé d'une manière identique, exprime d'un côté la vente d'une chose qui doit être livrée et de l'autre l'achat d'une chose qui doit être payée (parère de 1824). La variété prétendue des intentions est donc inconciliable avec l'unité constante de la formule employée. Le législateur de 1885 a voulu mettre fin à cette jurisprudence, qui détruit la force obligatoire des contrats, et c'est pour cela qu'il a proclamé la légalité des différentes sortes de marchés à terme pratiqués dans les bourses, marchés fermes, marchés libres ou à primes, reports.

Toutefois il n'a pas entendu valider également les opérations sur effets ou marchandises, dans lesquelles il serait constant que l'acheteur s'est interdit *ab initio* le droit d'exiger la livraison de la chose vendue et le vendeur celui de le contraindre à la recevoir. Ces conventions, que dans les travaux préparatoires de la loi nouvelle on a taxées de « conventions inconnues jusqu'ici et innommées », mais qui peuvent cependant se présenter sinon quand les opérations sont faites par l'entremise des agents de change, du moins lorsqu'elles sont conclues par des intermédiaires non officiels ou sans aucun intermédiaire, ces conventions ne sauraient être assimilées à des marchés à terme de bourse; elles ne constituent que des jeux et paris. Le législateur ne pouvait pas élever le jeu à la hauteur d'un contrat régulier que la magistrature devrait sanctionner. Aussi les auteurs de la loi nouvelle se sont-ils expressément refusés à comprendre les conventions de cette nature dans la disposition qui couvre tous les marchés à terme; ils ne valident que les marchés « contractés selon les règles ».

C'est précisément pour mieux exprimer cette volonté que le Sénat a modifié le texte de l'art. 1 tel qu'il avait été voté par la Chambre des députés. En effet, sa rédaction pouvait faire surgir des doutes; elle était ainsi conçue : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 C. civ., *lors même qu'ils* DEVRAIENT SE RÉSOUDRE *par le paiement de simples différences* ». Cette dernière proposition semblait comprendre même ces conventions, qui n'ont que l'apparence des marchés à terme et dans lesquelles les parties sont convenues dès le début de ne liquider l'opération que par le paiement d'une différence. Le Sénat y a substitué ces mots : « *lors même qu'ils* SE RÉSOUDRAIENT... », qui ont passé dans la rédaction définitive, pour bien marquer que la loi n'a pour but de valider que « les vrais marchés à terme, ceux qui se produisent dans les formes ordinaires et les seules usitées à la bourse et dans le commerce ».

En résumé, le législateur de 1885 n'écarte l'exception de jeu qu'en ce qui concerne les marchés à terme réels; il l'admet encore pour les opérations relativement rares, qui n'auront du marché à terme que le nom, parce que les parties, ne se proposant dès l'origine que l'encaissement de différences, n'ont jamais eu l'intention de les exécuter. Bien évidemment cette intention ne se présumera pas, parce qu'on ne présume pas la violation de la loi qui défend le jeu ou le pari. Mais pourra-t-on faire la preuve de son existence, et par quels moyens? Le législateur de 1885, dont le principal but était de proscrire cette jurisprudence qui faisait dépendre la légalité des marchés à terme de simples présomptions d'intention puisées dans les circonstances de la cause, ne pouvait omettre le règlement de cette question. Il l'a fait en effet en restreignant dans des limites très étroites le pouvoir d'investigation des tribunaux. Il résulte des travaux préparatoires que le juge n'est autorisé à admettre que la preuve littérale. Quand on prétendra qu'on a revêtu de la forme d'un marché à terme une opération qui n'implique aucunement l'obligation de livrer, on devra représenter

un acte écrit, dressé au moment de la convention et constatant que les parties sont convenues de ne jamais arriver à une livraison. Puisque telle était la volonté des auteurs de la loi, il eût été mieux d'en faire l'objet d'une disposition formelle; car la doctrine qu'on a voulu consacrer déroge manifestement aux règles du droit commun. Il est de principe que, toutes les fois que, pour tourner la loi, on a recours à une simulation, un écrit n'est pas nécessaire pour démontrer cette fraude, tous les moyens de preuve sont admis, même les simples présomptions (C. civ., art. 1353). Or les dérogations aux principes doivent être écrites dans la loi; autrement l'interprète est gêné pour les appliquer. Quoi qu'il en soit, dans l'espèce, la volonté du législateur est bien certaine. Si les tribunaux pouvaient encore rechercher au moyen de toute espèce de preuves quelle a été à l'origine l'intention des parties, pour admettre ou repousser l'exception de jeu, il se serait borné à confirmer purement et simplement la jurisprudence antérieure qu'il voulait au contraire proscrire.

Un arrêt de la cour de cassation du 18 avril 1887 (Sir., 87. 1. 157) a jugé que la loi de 1885 ne rétroagit pas. Arg. art. 2. La loi nouvelle n'a donc pas privé le débiteur de la faculté d'invoquer l'exception de jeu dont le bénéfice lui était acquis sous l'empire de la législation antérieure. V. les autorités citées en note de l'arrêt.

CHAPITRE II

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE

887. « Les rentes viagères, dit Pothier, sont celles dont la durée est bornée au temps de la vie d'une ou plusieurs personnes ».

Le contrat de rente viagère est celui qui a pour but de créer une rente de cette espèce.

SECTION PREMIÈRE

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU CONTRAT

1. *Divers modes de constitution de la rente viagère.*

888. La rente viagère peut être constituée à titre gratuit ou à titre onéreux.

889. *a.* — La rente viagère est constituée à titre gratuit, lorsqu'elle a sa cause, non dans une prestation effectuée par le crédi-rentier pour l'obtenir, mais dans une pensée de libéralité du constituant. Elle est alors une véritable donation, et demeure à ce titre soumise quant au fond et quant à la forme aux règles qui régissent cette sorte d'actes. C'est en définitive tout ce que disent les art. 1969 et 1970, ainsi conçus :

Art. 1969. *Elle* [la rente viagère] *peut être aussi constituée, à titre purement gratuit, par donation entre-vifs ou par testament. Elle doit être alors revêtue des formes requises par la loi.*

Art. 1970. *Dans le cas de l'article précédent, la rente viagère est réductible, si elle excède ce dont il est permis de disposer : elle est nulle si elle est au profit d'une personne incapable de recevoir.*

L'art. 1973 ajoute : « *Elle peut être constituée au profit d'un tiers,* » *quoique le prix en soit fourni par une autre personne. — Dans ce der-* » *nier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point*

» *assujettie aux formes requises pour les donations; sauf les cas de réduc-* » *tion et de nullité énoncés dans l'article* 1970 ».

* Remarquons : 1° que les art. 1969, 1970 et 1973 sont les seuls de notre chapitre qui aient trait aux rentes viagères constituées à titre gratuit, et, somme toute, ils se résument en un renvoi pur et simple aux règles du droit commun en matière de donations; les autres dispositions de notre chapitre n'ont été écrites qu'en vue des rentes viagères constituées à titre onéreux; 2° que la rente viagère constituée à titre onéreux a toujours sa source dans un *contrat,* tandis que la rente viagère constituée à titre gratuit peut avoir sa source dans un testament, par conséquent dans un *acte;* 3° que, lorsque la constitution de rente viagère est faite par donation entre-vifs, le contrat n'est pas *aléatoire :* en effet la division des contrats en commutatifs et aléatoires n'est qu'une subdivision des contrats à titre onéreux; il faut donc nécessairement qu'un contrat soit à titre onéreux pour être aléatoire. Cpr. t. II, n. 790.

* Cette triple observation peut servir à expliquer d'une part que notre chapitre soit situé dans le titre *Des contrats aléatoires,* et d'autre part qu'il porte pour rubrique *Du contrat de rente viagère,* intitulé qui ne serait pas exact si le législateur y traitait aussi de la rente viagère constituée à titre gratuit, puisque celle-ci peut avoir sa source dans un *acte.*

890. *b.* — La rente viagère est constituée à titre onéreux, lorsque le crédi-rentier fournit ou s'engage à fournir la contre-valeur de la rente. Cette contre-valeur peut consister dans une somme d'argent ou dans toute autre chose soit mobilière, soit immobilière : « *La rente via-* » *gère* », dit l'art. 1968, « *peut être constituée à titre onéreux, moyennant* » *une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour* » *un immeuble* ».

Lorsque la rente viagère est constituée moyennant une somme d'argent (exemple : je vous donne 10,000 fr. à la charge par vous de me servir une rente viagère de 1,000 fr.), l'opération est un prêt (v. art. 1909, 1910 et 1914), par conséquent un contrat unilatéral. Il en résulte : 1° que le contrat n'est parfait que par la tradition de la somme d'argent au débi-rentier, car le prêt est un contrat réel ; 2° que, si les parties dressent un acte sous seing privé pour constater la convention, un seul original suffira (arg. art. 1325).

Au contraire, lorsque la rente viagère est constituée moyennant une chose autre qu'une somme d'argent (exemple : je vous donne tel immeuble à la charge par vous de me servir une rente viagère de 1,000 fr.), l'opération est une vente, donc un contrat synallagmatique. D'où il suit notamment : 1° que le contrat est parfait par le seul consentement des parties, indépendamment de toute tradition ; 2° que, si les parties dressent un acte sous seing privé pour constater la convention, il devra être rédigé en double original conformément à l'art. 1325 ; 3° que le paiement des arrérages de la rente sera garanti par un privilège portant sur la chose moyennant laquelle la rente a été constituée (arg. art. 2102-4° et 2103-1°) ; 4° que le crédi-rentier sera tenu de la garantie envers le débi-rentier.

Les arrérages d'une rente viagère constituée à titre onéreux, représentent les intérêts du capital de la constitution et en outre une partie de ce capital lui-même, que le constituant a aliéné sans retour et qui par conséquent est définitivement perdu pour lui et pour les siens ; aussi dit-on vulgairement que celui qui s'est donné à rente viagère mange petit à petit son capital.

* **891.** Il ne faudrait pas voir une constitution de rente viagère dans l'aliénation d'un fonds, faite à la charge par l'acquéreur d'entretenir l'aliénateur et de le soigner tant en santé qu'en maladie. L'acquéreur, dans ce cas, contracte une obligation de *faire*, comme contre-valeur du bien qu'il reçoit ; or la rente viagère suppose une obligation de payer des arrérages consistant en argent ou en denrées, donc une obligation de *donner*. Ce n'est pas une affaire de mots. L'aliénation qui nous occupe n'étant pas une aliénation à charge de rente viagère, ne serait pas soumise aux règles particulières au contrat de rente viagère, notamment à celle de l'art. 1975. On ne lui appliquerait pas non plus la règle de l'art. 1978 : celui qui a fait l'aliénation pourrait donc demander la résolution du contrat conformément au droit commun, si l'acquéreur négligeait de remplir son obligation. Cpr. *infra*, n. 893 *in fine*.

2. *Sur la tête de qui la rente viagère peut être constituée.*

892. « *La rente viagère peut être constituée, soit sur la tête de celui* » *qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers, qui n'a aucun droit* » *d'en jouir* » (art. 1971).

C'est probablement pour ne pas porter une atteinte inutile au grand principe de la liberté des conventions que la loi permet de constituer la rente viagère sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir et dont la vie est prise uniquement pour régler la durée de la rente. On n'use guère de cette faculté dans la pratique : presque toujours la rente est constituée sur la tête du crédi-rentier, qu'il en fournisse ou non le prix. Et en effet la rente viagère est ordinairement destinée à assurer la subsistance du crédi-rentier pendant toute sa vie ; or le seul moyen d'atteindre ce but est de constituer la rente sur sa tête ; on ne l'atteindrait pas sûrement en la constituant sur la tête d'un tiers, fût-il plus jeune ; car l'ordre naturel des décès est fréquemment interverti.

Lorsque la rente est constituée sur la tête d'un tiers, elle dure pendant toute la vie de ce tiers. Le droit à la rente peut donc dans ce cas survivre au crédi-rentier, s'il meurt le premier ; il passera alors à ses héritiers.

« *Elle* [la rente viagère] *peut être constituée sur une ou plusieurs têtes* » (art. 1972). Lorsque la rente viagère est constituée sur la tête de plusieurs personnes, subsiste-t-elle tout entière tant qu'une seule de ces personnes est encore en vie, ou bien s'éteint-elle pour partie à chaque décès ? Ainsi une rente viagère, constituée sur la tête de deux époux, s'éteindra-t-elle pour moitié au décès du prémourant, ou bien au contraire le survivant conservera-t-il le droit d'en réclamer le paiement intégral tant qu'il vivra ? Tout dépend de la volonté des parties,

que les juges, au cas de doute, devront interpréter d'après les termes de l'acte et les circonstances de la cause. Lorsque la rente doit être payée en entier au survivant, on dit qu'elle est *réversible* sur sa tête.

893. Il est de l'essence du contrat de constitution de rente viagère, dit Pothier, qu'il y ait une personne sur la tête de laquelle la rente soit constituée. L'art. 1974 ne fait que déduire une conséquence de ce principe : « *Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne » qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet* ». Il n'y a pas de termes plus énergiques dans le vocabulaire de la loi en matière de nullité. Le contrat *ne produit aucun effet,* c'est-à-dire qu'il ne se forme pas, parce qu'il manque d'un élément essentiel à sa formation ; il est *inexistant,* comme on dit dans le langage de la doctrine.

La loi assimile le cas où la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée se meurt à celui où elle est morte. On lit en effet dans l'art. 1975 : « *Il en est de même* » (par conséquent il s'agit encore d'un cas d'inexistence) « *du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête » d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt » jours de la date du contrat* ».

L'analyse fait apparaître dans ce texte trois conditions requises pour que sa disposition soit applicable. Il faut : 1° que la personne, sur la tête de laquelle la rente a été constituée (qu'elle en fût ou non le bénéficiaire), fût malade lors du contrat ; 2° qu'elle soit morte de la maladie dont elle était alors atteinte ; 3° qu'elle soit morte dans les vingt jours du contrat. Le jour où le contrat a été passé ne doit pas être compté, d'après la règle *Dies a quo non computatur in termino.* — Ce serait au demandeur de faire la preuve de ces différents faits, conformément à la règle *Actoris est probare.*

Au surplus, l'art. 1975 étant conçu dans les termes les plus généraux, on doit en conclure : — d'une part, qu'il ne cesserait pas de s'appliquer, si les parties avaient connu en contractant l'état de la maladie de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée et même la gravité de la maladie, à moins cependant qu'il ne résulte des termes de l'acte ou des circonstances que le contrat, dans la pensée des parties, dissimulait une donation ; — d'autre part, que l'article serait applicable, aussi bien lorsque la rente a été constituée sur la tête du crédi-rentier, comme il est d'usage, que lorsqu'elle l'a été sur la tête d'un tiers . Les héritiers du crédi-rentier décédé dans les vingt jours pourraient donc invoquer la disposition de notre article.

* Nous croyons également, mais ceci est plus délicat, que les art. 1974 et 1975 devraient recevoir leur application au cas où, la rente ayant été constituée sur la tête de plusieurs personnes, l'une de ces personnes se trouver ait morte au moment de la constitution, ou mourrait dans les vingt jours, d'une maladie dont elle était alors atteinte. Sans doute, il reste encore une ou plusieurs personnes dont la vie peut servir de mesure à la durée de la rente ; mais, en supposant qu'on maintienne le contrat, on le dénature ; car les parties n'auraient certainement pas traité, si elles eussent connu la vérité, ou bien elles auraient traité dans des conditions toutes différentes. En un mot, il nous paraît être de l'essence du contrat que toutes les

personnes, sur la tête desquelles la rente a été constituée, fussent vivantes lors du contrat, et non atteintes d'une maladie qui devait les conduire au tombeau dans un délai de vingt jours. L'opinion contraire est plus généralement admise.

* Un arrêt de la cour de Rennes du 21 mai 1883 (Sir., 85. 2. 184) a jugé avec raison que l'art. 1975 n'est pas applicable au *bail à nourriture*, ou convention par laquelle une personne, moyennant une somme une fois payée, s'engage à en nourrir et entretenir une autre pendant la durée de sa vie. Le bail à nourriture est régi par le droit commun. Cpr. *supra*, n. 891, *in fine*.

3. *Du taux de la rente viagère.*

894. « *La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux* » *parties contractantes de fixer* » (art. 1976).

Cette disposition présente de l'utilité sous l'empire des lois actuellement en vigueur, qui limitent, au moins en matière civile, le taux de l'intérêt conventionnel, et c'est probablement en prévision de ces lois qu'elle a été écrite. Elle peut paraître assez inutile sous l'empire d'une législation, qui, comme celle du code civil, laisse la fixation du taux de l'intérêt au libre arbitre des parties. V. art. 1907. Quoi qu'il en soit, l'art. 1976 signifie aujourd'hui que la limitation du taux de l'intérêt conventionnel est étrangère au contrat de constitution de rente viagère : ce qui s'explique par le caractère aléatoire du contrat. D'ailleurs les arrérages d'une rente viagère représentent, non seulement les intérêts du capital moyennant lequel elle a été constituée, mais en outre une partie du capital lui-même que le crédi-rentier consomme petit à petit.

* Au cas où les arrérages de la rente viagère ne dépassent pas le revenu net du capital de la constitution, le contrat équivaut à une donation de la nue propriété de ce capital, en supposant que telle ait été l'intention de celui qui l'a fourni, et la donation est valable, quelle que soit d'ailleurs la nature du capital : on sait qu'une jurisprudence constante admet la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Si l'intention de donner n'existe pas chez le constituant, il pourra y avoir lieu à son profit à la rescision pour cause de lésion, mais seulement si la rente a été constituée comme prix d'un immeuble. Cpr. *supra* n. n. 603 et 604.

SECTION II

DES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES CONTRACTANTES

1. *Obligations du débi-rentier.*

895. Le débi-rentier est tenu de deux obligations : 1° fournir les sûretés promises ; 2° payer régulièrement les arrérages de la rente.

896. Première obligation. Le débi-rentier doit fournir les sûretés promises par le contrat. La sanction de cette obligation est écrite dans l'art. 1977, ainsi conçu : « *Celui au profit duquel la rente viagère a été* » *constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat,* » *si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécu-* » *tion* ».

Si le capital moyennant lequel la rente viagère a été constituée est autre qu'une somme d'argent, auquel cas le contrat de constitution de rente viagère est synallagmatique (*supra* n. 890), notre disposition n'est qu'une application particulière du principe général déposé dans l'art. 1184, aux termes duquel : « La condition réso- » lutoire est toujours sous-entendue dans les contrats *synallagmatiques*, pour le cas

» où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Si au contraire le capital de la constitution consiste en une somme d'argent, auquel cas le contrat est unilatéral, notre disposition déroge au droit commun, d'après lequel la condition résolutoire n'est pas sous-entendue dans les contrats unilatéraux. L'exception se justifie par cette considération, que le crédi-rentier a donné ses fonds sous la condition que les sûretés promises lui seraient fournies; il a donc le droit de les reprendre, si cette condition n'est pas remplie.

On admet tant en doctrine qu'en jurisprudence, qu'il y a lieu d'assimiler au cas où le débiteur ne fournit pas les sûretés promises celui où il diminue les sûretés fournies. Dans un cas comme dans l'autre, le crédi-rentier peut donc demander la résolution.

La résolution qui nous occupe n'a pas lieu de plein droit; elle n'existe qu'à dater du jour où elle a été prononcée par le juge. Et comme celui-ci ne peut pas résoudre un contrat qui a cessé d'exister, il en résulte que le débi-rentier sera à l'abri de la résolution, si la rente vient à s'éteindre pendant la durée de l'instance en résolution par la mort de la personne sur la tête de laquelle elle était constituée. A plus forte raison, la résolution ne pourrait-elle pas être *demandée* après la mort de cette personne.

897. Effets de la résolution. — Supposons la résolution prononcée par une sentence qui a acquis l'autorité irrévocable de la chose jugée; quels en seront les effets? La question est controversée. Nous croyons qu'il faut, dans le silence de la loi, appliquer le droit commun : ce qui conduit à dire que tout sera remis au même et semblable état que si le contrat n'avait jamais existé (art. 1183). Le débi-rentier sera donc tenu de rembourser le capital de la constitution, outre les fruits qu'il en a retirés ou qu'il a dû en retirer, et de son côté le crédi-rentier devra la restitution des arrérages par lui perçus. En d'autres termes, le débi-rentier restitue le capital de la constitution, et le crédi-rentier les arrérages par lui touchés, sous la déduction des fruits ou intérêts que le débi-rentier a perçus ou dû percevoir. Les parties seront ainsi replacées dans la même situation qu'avant le contrat; sauf en un point cependant, à savoir que le crédi-rentier aura couru, depuis le jour du contrat jusqu'à sa résolution, le risque de perdre son capital par suite de son décès, tandis qu'il n'aurait pas couru ce risque si le contrat n'avait jamais existé. Bien évidemment, la décision judiciaire qui résout le contrat ne peut pas faire que le créancier n'ait pas couru ce risque; mais elle peut, à un certain point de vue, le placer dans la même situation que s'il ne l'avait pas couru, et cela en lui allouant des dommages et intérêts : il sont de droit dans toute action en résolution, quand le demandeur subit un préjudice. Et rien ne s'opposerait à ce que le juge allouât, à titre de dommages et intérêts, au crédi-rentier la différence entre le montant des arrérages de la rente viagère et le revenu du capital de la constitution pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis le contrat jusqu'à sa résolution; car c'est là précisément le prix du risque dont il vient d'être parlé : ce qui revient à dire que le crédi-rentier peut être autorisé à garder en totalité les arrérages par lui perçus.

898. Seconde obligation. Le débi-rentier doit payer les arrérages de la rente aux époques fixées par la convention. On peut stipuler que chaque terme d'arrérages sera payé d'avance.

La rente viagère s'éteignant par la mort de la personne sur la tête de qui elle a été constituée, le débi-rentier peut exiger à chaque paiement la justification de l'existence de cette personne. On lit à ce sujet dans l'art. 1983 : « *Le propriétaire d'une rente viagère n'en peut demander les* » *arrérages qu'en justifiant de son existence, ou de celle de la personne*

» *sur la tête de laquelle elle a été constituée* ». Ce n'est qu'une application des règles du droit commun, *probatio incumbit ei qui agit* (art. 1315), et c'est le droit commun aussi qui devrait, dans le silence de la loi, être appliqué en ce qui concerne les modes de preuve. Le plus usité consiste dans la production d'un certificat de vie. Une loi du 6 mars 1791 dispose que les certificats de vie seront délivrés gratuitement par le président du tribunal et par le maire; ils peuvent aussi être délivrés par les notaires.

« *Le constituant ne peut se libérer du paiement de la rente, en offrant* » *de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages* » *payés ; il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne* » *ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle* » *que soit la durée de la vie de ces personnes, et quelque onéreux qu'ait* » *pu devenir le service de la rente* » (art. 1979). Mais rien ne s'opposerait à ce que le droit de rachat fût conféré au débi-rentier par une clause formelle de la convention.

899. Quelle sera la situation du crédi-rentier, si le débi-rentier ne paie pas régulièrement les arrérages de la rente? Le droit commun lui permettrait dans la plupart des cas de demander la résolution du contrat (art. 1184). Mais l'art. 1978, dont la disposition se justifie difficilement, substitue ici au droit commun un droit d'exception : « *Le seul* » *défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en* » *faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du* » *capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit* » *de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur* [y compris ceux » moyennant lesquels la rente a été constituée], *et de faire ordonner ou* » *consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante* » *pour le service des arrérages* ».

* **900.** Supposons que le crédi-rentier use de ce droit et qu'il rencontre en face de lui d'autres créanciers du débi-rentier, qui viennent lui disputer le prix des biens vendus. Comment se règleront les droits respectifs des intéressés? Une distinction doit être faite.

a. — Si le crédi-rentier a une bonne hypothèque qui lui permette de venir en ordre utile, ou à plus forte raison un privilège, il sera prélevé, sur le produit de la vente du bien affecté à la garantie du créancier, somme suffisante pour assurer, comme il vient d'être dit tout à l'heure, le service des arrérages de la rente.

b. — Si le crédi-rentier n'a pas d'hypothèque ni de privilège, alors il n'est pas de meilleure condition que les autres créanciers du débi-rentier. Comme eux il viendra donc au marc le franc, en cas d'insuffisance des biens du débiteur.

Il pourra arriver ainsi que le crédi-rentier n'obtienne qu'une somme insuffisante pour assurer le service des arrérages de la rente. Plusieurs arrêts, qui ne sont pas à l'abri de la critique, ont décidé qu'en pareil cas le créancier pourrait chaque année prendre sur le capital de la somme placée ce qui est nécessaire pour parfaire les arrérages qui lui sont dus.

900 *bis.* Par cela même et par cela seul qu'il déroge au droit commun, l'art. 1978

doit recevoir l'interprétation restrictive (Cass., 6 janvier 1885, Sir., 88. 1. 57). D'ailleurs la disposition de cet article n'étant pas fondée sur des considérations d'ordre public, les parties peuvent se soustraire à son application en stipulant le retour au droit commun. On peut donc convenir que le défaut de paiement des arrérages autorisera le crédi-rentier à résoudre le contrat, et même qu'au cas de résolution prononcée, les arrérages par lui touchés lui seront acquis à titre d'indemnité. Cass., 24 décembre 1884, Sir., 85. 1. 415.

2. *Causes d'extinction de la rente viagère.*

901. Le mode normal d'extinction de la rente viagère est la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. La loi n'a pas pris la peine de le dire, parce que cela est en quelque sorte de définition. Nous savons que le plus souvent la rente est constituée sur la tête du crédi-rentier lui-même; alors la rente meurt avec le rentier. Si la rente est constituée sur la tête d'un tiers, elle peut s'éteindre avant le crédi-rentier ou lui survivre. Dans le premier cas, le crédi-rentier est privé de la rente pendant une partie de sa vie; dans le second, ses héritiers sont appelés à en profiter pendant un certain temps après sa mort.

A l'époque où la mort civile existait, elle n'était pas une cause d'extinction de la rente viagère : « *La rente viagère* », dit l'art. 1982, « *ne s'éteint pas par la mort civile* » *du propriétaire : le paiement doit en être continué pendant sa vie naturelle* ».

Les arrérages d'une rente viagère sont des fruits civils; à ce titre la loi leur applique la règle de l'acquisition jour par jour (art. 586). Lors de l'extinction de la rente, on règlera donc le compte du crédi-rentier d'après le nombre des jours écoulés. C'est ce que dit l'art. 1980, qui suppose, parce que c'est le cas le plus ordinaire, que la rente est constituée sur la tête du crédi-rentier : « *La rente viagère n'est acquise* » *au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a* » *vécu* ».

L'article ajoute : « *Néanmoins, s'il a été convenu qu'elle serait payée* » *d'avance, le terme qui a dû être payé, est acquis du jour où le paiement* » *a dû en être fait* ».

* Nous croyons que le droit s'ouvre au profit du crédi-rentier aussitôt que commence le premier jour du terme, et par conséquent le droit au terme lui est acquis s'il vit à ce moment, sans qu'il soit nécessaire qu'il survive à l'expiration de ce jour. La question est controversée.

902. Exceptionnellement, la rente viagère peut s'éteindre par la prescription. Nous disons *la rente,* c'est-à-dire l'être juridique dont les arrérages sont le produit. Les arrérages eux-mêmes se prescrivent, mais par un délai beaucoup plus court. En d'autres termes, il y a ici deux prescriptions distinctes à considérer : 1° la prescription de la rente, c'est-à-dire du droit en vertu duquel le créancier peut réclamer les arrérages; 2° la prescription des arrérages eux-mêmes. Cette dernière s'accomplit par cinq ans à dater du jour de chaque échéance (art. 2277). Pour la première, le délai est de trente années, la loi n'ayant pas fixé un terme plus court (art. 2262); les trente ans courent à dater du jour de la constitution, si le crédi-rentier n'a tou-

ché aucuns arrérages, dans le cas contraire à dater du jour du dernier paiement, sauf les interruptions et les suspensions telles que de droit.

Mentionnons encore comme causes exceptionnelles d'extinction de la rente viagère : la novation, le rachat effectué avec le consentement du crédi-rentier ou en exécution d'une clause du contrat, la renonciation du créancier à son droit, opérée sous forme de remise au profit du débi-rentier, enfin la confusion.

3. *Disposition particulière.*

903. « *La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lors-* » *qu'elle a été constituée à titre gratuit* » (art. 1981). La clause qui déclarerait insaisissable une rente viagère constituée à titre onéreux, demeure donc prohibée. Quel en est le motif ? On conçoit à merveille que celui qui constitue une rente viagère à titre gratuit, puisse la déclarer insaisissable. De quoi se plaindraient les créanciers du crédi-rentier ? Le constituant pouvait ne pas faire entrer la rente dans son patrimoine ; il a bien pu ne l'y faire entrer que sous la condition qu'elle échapperait au droit de poursuite de ses créanciers. Le donateur est le maître, il fait ce qu'il veut. Mais on ne concevrait guère qu'un débiteur, qui fait l'acquisition d'une rente viagère à titre onéreux, pût, en la déclarant insaisissable, la soustraire à l'action de ses créanciers présents ou futurs. La clause ne saurait valoir à l'égard des créanciers présents, parce qu'elle a par rapport à eux le caractère d'un acte de spoliation, en ce sens qu'elle tend à leur ravir le droit de gage général qu'ils ont acquis, en contractant, sur les biens présents et futurs de leur débiteur (art. 2092). La clause ne peut pas être opposée non plus aux créanciers futurs, parce qu'une personne ne peut pas par sa propre volonté se mettre elle-même dans les liens d'une sorte d'interdiction, en se frappant de l'incapacité de contracter des obligations pleinement efficaces, c'est-à-dire des obligations exécutoires sur tous ses biens. La disposition de l'art. 1981 se trouve ainsi parfaitement justifiée, et nous pouvons remarquer qu'elle n'a rien de spécial à la rente viagère : elle doit être généralisée et appliquée à tous les autres biens qui entrent dans le patrimoine du débiteur.

Mentionnons, en terminant, l'art. 581-4° C. pr., qui sous-entend la condition d'insaisissabilité dans les constitutions de rente viagère faites gratuitement à titre d'aliments. Voyez aussi l'art. 582 du même code. Mentionnons également l'art. 8 de la loi du 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, aux termes duquel : « Les rentes viagères constituées par la caisse nationale des retraites sont incessibles et insaisissables jusqu'à concurrence de 360 fr. ».

4. *Différences entre les rentes viagères et les rentes perpétuelles.*

904. 1° Les rentes perpétuelles sont rachetables (art. 1911); les rentes viagères ne le sont pas (art. 1979).

2° Les parties peuvent fixer comme elles l'entendent le taux de la rente viagère. Au contraire, le taux de la rente perpétuelle ne peut, en matière civile, excéder les limites établies par la loi du 3 septembre 1807, au moins lorsque la rente est constituée moyennant un capital en argent.

3° Le créancier d'une rente perpétuelle peut, sous certaines conditions, rentrer dans son capital, lorsque le débi-rentier ne paie pas les arrérages (art. 1184 et 1912). Ce droit n'appartient en aucun cas au créancier d'une rente viagère (art. 1978).

4° Enfin la rente perpétuelle dure indéfiniment, tandis que la rente viagère est essentiellement temporaire.

TITRE XIII

Du mandat.

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT

I. *Généralités.*

905. Définitions. — Le mandat (de *manum dare,* parce qu'anciennement le mandataire donnait la main au mandant en témoignage de la fidélité qu'il lui promettait) est un contrat, par lequel une partie donne à l'autre, qui l'accepte, le pouvoir de la représenter pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques. Celui qui donne le pouvoir s'appelle *mandant;* celui qui le reçoit, *mandataire.*

Le mot *mandat* se prend aussi pour désigner le pouvoir que le mandant confère au mandataire (exemple : j'ai donné mandat à Pierre de m'acheter un cheval); il est alors synonyme de *procuration.* Cette dernière expression s'emploie également pour désigner l'acte écrit constatant le pouvoir; comme si je dis : « J'ai adressé par la poste ma procuration à Pierre ».

Cela posé, la définition que nous trouvons dans l'art. 1984 al. 1 convient beaucoup mieux à la procuration qu'au mandat : *Le mandat » ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre » le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».*

= *Un* ACTE. C'est-à-dire une manifestation de volonté unilatérale, constatée ou non par l'écriture. Ainsi, j'ai dit : « Je vous charge d'acheter un cheval en mon nom et pour mon compte »; ou bien j'ai transcrit ces paroles sur une feuille de papier que je vous présente : voilà la procuration. Qu'y manque-t-il pour qu'elle devienne un contrat de mandat? Votre adhésion; car il n'y a pas de contrat sans consentement. C'est pourquoi l'art. 1984 al. 2 ajoute : « *Le contrat ne se forme*

» *que par l'acceptation du mandataire* ». Jusque-là il n'y aura qu'une proposition non acceptée, une pollicitation ne pouvant engendrer ni droits ni obligations. D'ailleurs l'acceptation du mandataire ne doit pas nécessairement être expresse. On lit dans l'art. 1985 al. 2 : « *L'ac-* » *ceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution* » *qui lui a été donnée par le mandataire* ».

906. Le mandat appartient à la classe des contrats dits *synallagmatiques imparfaits*. En effet, dès l'origine, il n'engendre qu'une seule obligation, celle que contracte le mandataire d'exécuter la commission dont il se charge et de rendre compte au mandant. Celui-ci ne *s'oblige* à rien pour le moment : il pourra bien se trouver obligé plus tard, mais seulement par suite de faits postérieurs, relatifs à l'exécution du contrat, par exemple si le mandataire fait des avances. De sorte que, si l'obligation du mandant prend naissance à l'occasion du contrat, elle ne naît pas du contrat lui-même : le mandant ne *s'oblige* pas en contractant, et par suite le mandat ne rentre pas dans la définition que l'art. 1102 donne des contrats synallagmatiques.

Le mandat devient-il un contrat synallagmatique parfait quand il est salarié? On tient généralement pour la négative. En promettant un salaire, dit-on, le mandant ne s'oblige pas, parce qu'il dépend de lui de n'être pas lié par cette promesse : il lui suffit pour cela de révoquer le mandat. L'obligation de payer le salaire résulte ainsi, non du contrat lui-même, mais d'un fait postérieur que la volonté du mandant peut empêcher de se produire, de l'exécution du mandat. Or il n'y a de synallagmatiques que les contrats qui, au moment où ils se forment, obligent les deux parties, ou, comme le dit en d'autres termes l'art. 1102, que ceux par lesquels les parties s'obligent *réciproquement*. — Mais à ce compte le mandataire lui-même ne s'obligerait pas par le contrat; car il dépend de lui de se soustraire à l'obligation d'exécuter le mandat en y renonçant (art. 2007 al. 1), comme il dépend du mandant de se soustraire à l'obligation de payer le salaire en révoquant le mandat. Nous aurions donc un contrat dans lequel aucune des parties ne serait obligée! La vérité est que les deux parties s'obligent et qu'elles s'obligent de la même manière. Le mandataire s'engage à exécuter le mandat, et il n'est pas vrai de dire que c'est là une obligation à laquelle il peut se soustraire par le seul effet de sa volonté en renonçant au mandat; car son droit de renonciation souffre des limitations importantes : notamment il ne peut pas renoncer intempestivement (art. 2007 al. 2). De même le mandant s'oblige à payer le salaire promis, et on prétend à tort qu'il peut rompre ce lien par sa seule volonté; en effet, en révoquant le mandat sans justes motifs, il se rend passible de dommages et intérêts envers le mandataire (*infra* n. 931). Les deux parties *s'obligent* donc par le contrat, ce qui le rend synallagmatique. Nous déduirons de là une conséquence importante en parlant de la preuve du mandat (*infra* n. 913).

II. *Caractère distinctif du mandat.*

907. L'art. 1984 nous représente le mandat comme conférant au mandataire le *pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*. C'est là, à notre avis, le trait caractéristique du mandat, celui qui permet de le distinguer sûrement de plusieurs autres contrats avec lesquels il présente plus ou moins d'analogie. *Le mandataire représente le mandant :* il agit et parle en son nom, il n'est que son organe; de sorte que, l'acte une fois accompli par le mandataire, la situation est la même que si le mandant l'avait accompli lui-même. *Qui mandat ipse*

fecisse videtur. Le mandant devient créancier et débiteur par le fait du mandataire, qui, personnellement, ne s'oblige pas et n'oblige pas les autres envers lui, parce que sa personne s'efface pour faire place à celle du mandant.

C'est par là que le mandat diffère principalement du contrat de commission, dans lequel le commissionnaire « agit *en son propre nom*... pour » le compte d'un commettant » (C. co., art. 91), et par conséquent on a eu tort de définir la commission : *un mandat commercial*. Cette définition ne fait pas apparaître et semble même nier la différence capitale que nous venons de signaler : le commissionnaire agit en son nom; le mandataire agit au nom du mandant.

Par là aussi le mandat se distingue aisément du louage d'ouvrage, *locatio operarum, locatio operis*. Celui qui loue ses services agit pour le compte de celui à qui il les loue; mais il n'agit pas au nom de celui-ci, il ne le représente pas.

Les avocats, les médecins et généralement tous ceux qui vivent de l'exercice d'une profession analogue sont-ils des mandataires ? Nous ne le pensons pas; car, s'ils agissent pour le compte de leurs clients, ils ne les représentent pas. Alors que sont-ils donc ? Tout simplement des *locatores operarum*. Nous ne voyons pas ce que cette qualification peut avoir de blessant pour eux, et nous ne comprenons guère les scrupules de certains auteurs, qui semblent estimer que l'idée d'un louage ne saurait s'allier avec la dignité de semblables professions. Pour les faire entrer dans la sphère idéale où l'on prétend les placer, il faudrait qu'elles fussent exercées gratuitement. Elles le sont souvent, dans une certaine mesure au moins. Les déshérités de la fortune trouvent, sans bourse délier, des médecins pour les soigner, des avocats pour les défendre... Voilà ce qui rehausse, à notre sens, l'éclat de ces professions : c'est qu'elles permettent à ceux qui les exercent de faire le bien sur une vaste échelle. Après cela, la qualification juridique que l'on donne à ceux qui les exercent importe peu : c'est la dignité de l'homme qui fait celle de la profession.

Autre est la situation des avoués : ils agissent, non seulement *pour le compte*, mais en outre *au nom* de leurs clients, ils les représentent; ce sont donc de véritables mandataires, mais des mandataires salariés, comme nous le dirons plus loin.

908. Aux termes de l'art. 1986 : « *Le mandat est gratuit, s'il n'y a* » *convention contraire* ». En droit romain et dans notre ancien droit français, la gratuité était de l'*essence* du mandat; par conséquent elle formait un de ses traits caractéristiques. La stipulation d'un salaire le faisait dégénérer en un louage ou en un contrat innommé. On voit par l'art. 1986 que la gratuité n'est plus que de la *nature* du mandat. En d'autres termes, le contrat ne cessera pas d'être un mandat parce qu'un salaire aura été alloué au mandataire. C'est une innovation considérable. L'allocation d'un salaire au mandataire est très fréquente dans la pratique : en fait les mandats les plus importants sont salariés.

La convention, qui permet au mandataire de réclamer un salaire, ne doit pas nécessairement être expresse. Ainsi le mandat, que l'avoué reçoit de ses clients pour les représenter en justice, est salarié en

vertu d'une convention tacite, et on peut en dire autant de tout mandat tenant à l'exercice d'une profession dont vit le titulaire, par exemple du mandat donné à un agent d'affaires. Les tribunaux ont d'ailleurs un pouvoir d'appréciation souverain pour résoudre la question de savoir s'il existe une convention tacite de salaire. Cass., 28 mars 1887, Sir., 88. 1. 77.

Une jurisprudence à peu près constante décide que le salaire alloué au mandataire par une convention expresse peut être réduit par le juge, lorsqu'il paraît excessif. Elle trouve sa condamnation dans les art. 1118 et 1134, qui obligent le juge à respecter la convention des parties et à en assurer l'exécution, même lorsqu'elle est lésive pour l'une d'elles. D'ailleurs, les décisions assez nombreuses que les recueils d'arrêts contiennent sur la matière, ne sont pas motivées, et elles se trouvent ainsi dénuées de toute autorité au point de vue doctrinal.

III. *Capacité des parties contractantes.*

909. Le mandant et le mandataire jouent un rôle absolument différent dans le contrat de mandat. Aussi la capacité requise n'est-elle pas la même pour l'un et pour l'autre.

A. *Capacité du mandant.* — La loi ne l'a pas déterminée par une disposition expresse ; mais les principes généraux permettent de combler facilement cette lacune. En fait, c'est le mandataire qui parle et qui agit; mais en droit c'est le mandant, car le mandataire n'est qu'un instrument, il représente le mandant, *qui mandat ipse fecisse videtur.* Il faut donc que le mandant ait la capacité requise pour accomplir l'acte auquel le mandat se réfère. Ainsi la femme mariée séparée de biens peut valablement donner un mandat relatif à un acte qui ne dépasse pas les limites de son droit d'administration, par exemple le mandat d'affermer ses immeubles pour un temps ne dépassant pas neuf ans ; mais elle ne pourrait pas valablement donner le mandat de les vendre, au moins sans être autorisée comme de droit (arg. art. 1538).

Le mandat donné par un incapable est nul. En ce qui concerne les effets de la nullité, on applique les règles du droit commun.

B. *Capacité du mandataire.* — Ici nous avons un texte, c'est l'art. 1990, ainsi conçu : « *Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis* » *pour mandataires; mais le mandant n'a d'action contre le mandataire* » *mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des* » *mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté le mandat sans* » *autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre* du » Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux ». Les fonctions de mandataire peuvent donc être remplies par un incapable, non seulement par une femme mariée ou par un mineur émancipé, mais aussi par un mineur non émancipé ou un interdit : la loi n'a pas parlé de ces derniers incapables, parce qu'en pratique on ne songera guère à leur

confier un mandat ; mais ce n'est nullement dans une pensée d'exclusion. La raison, pour laquelle un incapable peut être investi d'un mandat, est qu'en droit, sinon en fait, ce n'est pas le mandataire qui contracte ; par conséquent son incapacité de contracter est indifférente. Le mandant est libre de donner sa confiance à qui bon lui semble. Si l'incapable sur lequel il a fixé son choix trompe ses espérances, lui seul en souffrira, puisqu'il assume la responsabilité de tout ce que son mandataire fera dans la limite de ses pouvoirs. Libre à lui de s'exposer à ce péril!

On voit que, dans les rapports du mandant avec les tiers, le mandat conféré à un incapable produit exactement les mêmes effets que le mandat conféré à une personne capable : le mandataire représente le mandant; il l'oblige envers les tiers avec qui il contracte, et oblige ceux-ci envers lui.

Il n'en est plus de même, si l'on envisage les rapports du mandant avec le mandataire incapable. Ce dernier peut se prévaloir de son incapacité à l'égard du mandant, qui le recherche à raison de l'exécution du mandat. Ainsi la femme mariée, qui a accepté un mandat sans l'autorisation de son mari, peut se prévaloir de son incapacité pour échapper à la responsabilité résultant des fautes qu'elle a commises dans sa gestion. Il en est de même du mineur. Mais l'un et l'autre demeureraient tenus des conséquences de leur dol (arg. art. 1310). Le mandataire incapable pourrait aussi, dans tous les cas, être poursuivi jusqu'à concurrence du profit que lui a procuré l'exécution du mandat et qui se trouve encore entre ses mains; autrement il s'enrichirait au détriment du mandant, ce que l'équité ne permet pas.

IV. *Des actes juridiques auxquels le mandat est susceptible de s'appliquer.*

910. En principe, tous les actes juridiques licites peuvent être accomplis par mandataire.

Cette règle ne reçoit que de rares exceptions. Nous en avons signalé une relative au mariage : il est généralement admis que les futurs époux doivent comparaître *en personne* devant l'officier de l'état civil chargé de célébrer leur union. Deux autres exceptions résultent, l'une de l'art. 121 C. pr., aux termes duquel : « le serment sera fait par la partie en personne » ; l'autre des art. 238 et 307 C. civ. et 877 C. pr., qui, au début de tout procès en divorce ou en séparation de corps, obligent les époux à comparaître *en personne* devant le président du tribunal pour l'essai de conciliation prescrit par la loi, sans pouvoir même se faire assister d'avoués ni de conseils.

V. *Dans l'intérêt de qui le mandat peut être donné.*

911. Le mandat intervient le plus souvent dans l'intérêt exclusif du mandant. Exceptionnellement, il peut être donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire tout à la fois, ou du mandant et d'un tiers. Il peut même être donné dans l'intérêt exclusif d'un tiers, mais seulement lorsqu'il se rattache à une gestion d'affaire entreprise par le mandant; autrement il tomberait sous le coup de la nullité qui frappe les stipulations faites pour le compte d'autrui (art. 1119). Il ne saurait y avoir de mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire; un semblable mandat n'aurait pas d'autre valeur que celle d'un simple conseil.

VI. *Forme du mandat. — Preuve.*

912. Le mandat est un contrat consensuel. Le seul consentement des parties suffit donc à sa validité, de quelque manière qu'il ait été

manifesté, et sauf les difficultés de la preuve, pour laquelle le mandat demeure soumis de tous points aux règles du droit commun. C'est ce qui résulte de l'art. 1985 al. 1, ainsi conçu : « *Le mandat peut être donné* » *ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre. Il* » *peut aussi être donné verbalement; mais la preuve testimoniale n'en est* » *reçue que conformément au titre* des Contrats ou des Obligations con- » ventionnelles en général ».

913. Il y a quelques observations à faire pour le cas où le mandat est donné par écrit. Ordinairement l'acte écrit, l'*instrumentum,* qui est dressé pour assurer la preuve d'un contrat, constate le *consentement* des parties, c'est-à-dire leur volonté commune convergeant vers un même but. Les choses se passent rarement ainsi, quand il s'agit d'un mandat. Presque toujours, l'acte écrit qui en est dressé constate, non le consentement des parties, mais seulement la volonté de l'une d'elles, du mandant, qui donne ou plutôt offre au mandataire un pouvoir que celui-ci est libre d'accepter ou de refuser. C'est plus tard que surviendra l'acceptation du mandataire, et le plus souvent elle sera tacite, par conséquent non constatée par l'écriture.

Cela posé, l'acte qui constate la volonté du mandant, ou en d'autres termes la *procuration,* peut-être authentique ou sous seing privé.

a. — La procuration authentique, c'est-à-dire notariée, peut être rédigée en brevet (art. 2004, et art. 20 de la loi du 25 ventôse an XI). Le nom du mandataire peut être laissé en blanc, sauf aux parties à l'indiquer plus tard, au moment où il sera fait usage de la procuration. Même observation pour le cas où la procuration est donnée par acte sous seing privé.

La procuration doit nécessairement être authentique, lorsqu'elle se réfère à un acte pour la perfection duquel la loi, dans une vue de protection pour celui que l'acte intéresse, exige à peine de nullité qu'il soit passé dans la forme authentique. Ainsi la procuration, donnée pour reconnaître un enfant naturel ou pour constituer une hypothèque conventionnelle, doit être authentique (arg. art. 334 et 2127). Ce que la loi veut manifestement, en effet, c'est que le consentement de celui qui accomplit un acte de ce genre soit exprimé dans la forme authentique : à plusieurs points de vue, c'est une garantie pour lui. Si donc il donne mandat à quelqu'un d'accomplir cet acte en son nom, il faut, pour que le vœu de la loi soit rempli, que la procuration soit authentique; car c'est elle qui renferme son consentement. Après quelques variations, la jurisprudence paraît s'être ralliée définitivement sur ce point aux enseignements de la doctrine. La cour de cassation a fait une application intéressante du principe, en prononçant la nullité d'un contrat de mariage dans lequel le père du futur s'était porté fort pour celui-ci : une procuration authentique était nécessaire pour que le futur pût être valablement représenté (arg. art. 1394).

b. — Si la procuration est donnée dans la forme sous seing privé, il n'est pas nécessaire que l'écrit soit redigé en double original; car cette prescription ne concerne que les contrats synallagmatiques (art. 1325, et t. II, n. n. 787 et 1201).

Cependant nous avons vu plus haut que le mandat devient un contrat synallagmatique quand il est salarié; dans cette hypothèse, il serait soumis à la formalité du double écrit.

914. Notre loi admet-t-elle le mandat tacite, c'est-à-dire celui qui résulte du consentement tacite des deux parties, révélé par les faits et circonstances de la cause? L'affirmative est à peu près unanimement admise en doctrine et en jurisprudence, et à notre avis il n'y a pas lieu d'hésiter un instant. Les principes sont certains. Le mandat, nous l'avons dit, est un contrat *consensuel;* or il suffit à la perfection d'un semblable contrat que le consentement des parties existe, quelle que soit d'ailleurs

la forme dans laquelle il est manifesté, expressément ou tacitement. L'art. 1985, il est vrai, fait naître un léger doute : au premier abord, le rapprochement de ses deux alinéas semble indiquer que, si le consentement du mandataire peut être manifesté tacitement (al. 2), celui du mandant doit l'être expressément soit par un écrit, soit au moins par des paroles (al. 1). Mais, pour détruire cette induction, il suffit d'entendre le mot *verbalement,* qu'emploie l'alinéa 1, comme faisant antithèse au cas que la loi vient immédiatement de prévoir, celui où le mandant a manifesté sa volonté par écrit, et comme synonyme par suite de l'expression *sans écrit.* D'ailleurs notre ancien droit admettait le mandat tacite, qui dans bien des cas est une nécessité pratique, et il est peu problable que le législateur ait voulu s'écarter de cette tradition, d'autant plus qu'il n'y en avait aucun motif.

Nous avons signalé en expliquant l'art. 1419 un cas particulier de mandat tacite, celui que la femme tient de son mari pour toutes les dépenses concernant le ménage. Il y en a d'autres. L'huissier, auquel un titre a été remis pour en poursuivre l'exécution, est considéré comme investi d'un mandat tacite à l'effet de toucher la somme due et d'en donner quittance. Les domestiques sont considérés, dans certaines circonstances, comme ayant mandat tacite de leur maître à l'effet de faire divers achats *au comptant,* par exemple la cuisinière pour les provisions de bouche. Rarement l'existence du mandat tacite devra être admise pour les achats faits *à crédit;* il a été souvent jugé que, si un domestique détourne les sommes qui lui ont été confiées pour acheter au comptant, les fournisseurs qui lui ont livré à crédit n'ont pas d'action contre le maître. Sur la preuve du mandat tacite, cpr. Cass., 15 mars 1886, Sir., 86. 1. 296.

VII. *Diverses espèces de mandat.*

915. I. Eu égard à son origine, le mandat peut être conventionnel, légal ou judiciaire.

Le mandat *conventionnel* est celui qui a sa source dans la convention des parties.

Le mandat *légal* dérive de la loi : tel est le mandat du tuteur, du père administrateur légal.

Le mandat *judiciaire* est celui qui est déféré par la justice. On en trouve un exemple dans l'art. 113, qui ordonne au tribunal de désigner un notaire pour représenter les présumés absents dans certains actes. A bien prendre, le mandat judiciaire n'est qu'un cas particulier du mandat légal; car la justice nomme le mandataire en vertu d'une disposition législative, de sorte que le mandat a sa source, au moins médiate, dans la loi.

II. Au point de vue de son étendue, le mandat peut être général ou spécial : « *Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seule-* » *ment, ou général et pour toutes les affaires du mandant* », dit l'art. 1987. Cette division présente peu d'intérêt pratique, et nous ne nous y arrêterons pas davantage.

III. Enfin, en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire, le mandat peut être conçu en termes généraux et par suite vagues et indéfinis, par exemple si le mandant a dit : « Je donne mandat à N. de gérer mes intérêts », ou bien en termes plus ou moins précis, comme le mandat d'acheter une maison, d'hypothéquer un

immeuble ou même tous les immeubles du mandant, d'emprunter une somme déterminée ou même d'emprunter sans limitation.

Il s'était élevé dans notre ancien droit d'interminables controverses sur le point de savoir quels étaient les pouvoirs résultant d'un mandat conçu en termes généraux. L'art. 1988 a tranché la difficulté en disposant dans son alinéa 1 que « *Le mandat conçu en termes généraux* » *n'embrasse que les actes d'administration* ». Le mandataire investi d'un semblable mandat ne pourra donc faire aucun acte de *disposition,* par exemple aliéner, hypothéquer, emprunter, transiger. Un pouvoir *spécial* est nécessaire pour que le mandataire puisse accomplir des actes de cette nature. C'est ce qu'a voulu dire l'art. 1988 al. 2 : « *S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte* » *de propriété, le mandat doit être exprès* ».

Le mandat, qui contient le pouvoir spécial d'accomplir des actes de disposition, doit être interprété restrictivement. Ainsi le mandat de vendre n'emporte pas pouvoir de toucher le prix de la vente; le prix doit être payé au mandant.

L'art. 1989 nous fournit une autre application du même principe : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son* » *mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compro-* » *mettre* ». Si je donne à quelqu'un le pouvoir de transiger en mon nom, c'est-à-dire de prévenir ou terminer une contestation en s'entendant avec mon adversaire (art. 2044), c'est parce que j'ai confiance dans son dévoûment, dans ses lumières et dans son impartialité. En *compromettant,* c'est-à-dire en remettant à des arbitres le soin de trancher la difficulté, mon mandataire se désintéresse de la mission que je lui ai confiée; il ne fait pas ce que je l'ai chargé de faire, et il fait autre chose. Suis-je obligé d'avoir dans des arbitres qui me sont peut-être inconnus la même confiance que dans le mandataire de mon choix ? Et puis les arbitres ne transigeront pas, ils jugeront. Le mandataire, qui a le pouvoir de transiger, excède donc les termes de son mandat quand il compromet; par suite il ne représente plus le mandant : ce qu'il fait est nul. *Qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur.*

Il ne faut cependant rien exagérer. Le mandataire peut accomplir tous les actes qui sont une dépendance nécessaire de l'affaire à laquelle le mandat s'applique, car ces actes sont virtuellement compris dans son pouvoir. Ainsi le mandat de recouvrer une créance emporte le pouvoir de donner quittance et celui de consentir la radiation des inscriptions hypothécaires prises pour sûreté de la créance.

CHAPITRE II

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE

916. Le mandataire a deux obligations principales. Il doit : 1° accomplir le mandat; 2° rendre compte de sa gestion.

I. *De l'exécution du mandat.*

917. Le mandataire doit remplir son mandat, c'est-à-dire faire ce qu'il a promis de faire pour le compte du mandant. « *Le mandataire* », dit l'art. 1991 al. 1, « *est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en* » *demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient* » *résulter de son inexécution* ».

Les mots *tant qu'il en demeure chargé* font allusion au droit qui appartient au mandant de révoquer le mandat et au mandataire lui-même d'y renoncer (art. 2003). Dans l'un et l'autre cas, le mandat prend fin, et il est clair que le mandataire cesse d'être tenu de l'exécuter.

Le mandataire doit se conformer exactement aux termes de son mandat. Ainsi je vous charge, ce que vous acceptez, de vendre ma maison, d'en toucher le prix et de l'employer immédiatement en acquisition de rentes sur l'Etat 3 °/₀. Si, après avoir reçu le prix, vous négligez de faire l'emploi convenu, je pourrai exiger que vous me délivriez de la rente sur l'Etat au cours du jour où vous auriez dû en faire l'achat.

918. Nous avons dit, en exposant la théorie générale des fautes (t. II, n. n. 867 et 868), quelle diligence le mandataire est tenu d'apporter à l'exécution du mandat : il répond de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, *culpa levis in abstracto.* Toutefois le juge devra se montrer un peu plus sévère dans son appréciation, si le mandat est salarié. C'est ce qui résulte de l'art. 1992, ainsi conçu : « *Le* » *mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il* » *commet dans sa gestion. — Néanmoins la responsabilité relative aux* » *fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est* » *gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ».

919. Aux termes de l'art. 1995 : « *Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou* » *mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant* » *qu'elle est exprimée* ». Ce texte ne fait que consacrer une application du principe formulé par l'art. 1202. Pour comprendre son utilité, il faut savoir que notre ancien droit, conformément aux traditions du droit romain, admettait la solidarité entre les mandataires nommés par un même acte et pour une même affaire. Notre législateur, qui voulait répudier cette ancienne doctrine, a cru devoir s'en expliquer.

920. De la substitution d'un mandataire. — Le mandataire peut-il charger une autre personne à sa place de l'exécution du mandat ? Peut-il, en d'autres termes, se substituer quelqu'un pour cette

exécution ? En supposant qu'il le fasse, quel effet la substitution produira-t-elle ? La loi répond d'une manière incomplète à cette double question dans l'art. 1994, qui s'exprime ainsi : « *Le mandataire répond* » *de celui qu'il s'est substitué dans la gestion,* 1° *quand il n'a pas reçu le* » *pouvoir de se substituer quelqu'un;* 2° *quand ce pouvoir lui a été* » *conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait* » *choix était notoirement incapable ou insolvable. — Dans tous les cas,* » *le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire* » *s'est substituée* ».

Trois hypothèses doivent être distinguées.

Première hypothèse. *La procuration ne contient pas le pouvoir de substituer, mais elle n'interdit pas non plus la substitution.* Le mandataire est autorisé à se substituer quelqu'un, mais à ses risques et périls; il sera donc responsable envers le mandant des faits et gestes du substitué. C'est une conséquence de l'obligation de rendre compte, dont il est tenu envers le mandant : il s'était obligé à gérer en bon père de famille l'affaire qui lui a été confiée; s'il juge à propos de se décharger de cette obligation sur une autre personne, il est juste qu'il en réponde. Mais il ne répond pas des cas fortuits qui se produiraient dans la gestion du substitué. On ne pourrait songer à les mettre à sa charge qu'autant qu'il serait possible de les considérer comme étant le résultat d'une faute par lui commise; or, en se substituant quelqu'un, le mandataire n'a pas commis une faute; il a usé d'un droit. C'est l'opinion généralement admise.

Deuxième hypothèse. *La procuration contient le pouvoir de substituer.* Une sous-distinction est ici nécessaire.

a. — La procuration désigne-t-elle la personne que le mandataire est autorisé à se substituer? alors, si le mandataire se substitue cette personne, la substitution sera aux risques et périls du mandant; le mandataire ne répondra donc pas du fait de son substitué, il sera complètement déchargé.

b. — Si la procuration porte purement et simplement pouvoir de substituer, sans dire qui, ou même s'il résulte de ses termes une autorisation tacite de substituer, alors le mandataire ne répond pas du substitué, à moins qu'il n'ait choisi une personne notoirement incapable ou insolvable.

Troisième hypothèse. *La procuration contient interdiction (expresse ou tacite, peu importe) de la faculté de substituer.* Dans ce cas, le mandataire viole la loi du contrat en se substituant quelqu'un, et il est juste par suite de le traiter avec la plus grande rigueur. Il répondra donc, non seulement du fait du substitué, mais aussi des cas fortuits dont la substitution a été la cause ou l'occasion, c'est-à-dire de ceux qui ne se seraient pas produits s'il eût lui-même exécuté le mandat; car ces cas fortuits sont une conséquence au moins indirecte de sa faute. Les autres demeureraient à la charge du mandant.

921. Effets de la substitution. — Dans les rapports du substituant et du substitué, la substitution n'est qu'un mandat, et elle en produit les effets. Le mandataire, qui se substitue quelqu'un pour l'exécution du mandat, devient sous-mandant par rapport au substitué; la substitution est un deuxième mandat enté sur le premier.

Comment les choses se passent-elles dans les rapports du mandant et du substitué? L'art. 1994 al. final, que nous avons déjà cité, dit à ce sujet : « Dans tous les » cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est » substituée ». Le substitué est donc tenu envers le mandant, absolument comme s'il était son mandataire direct. C'était utile à dire; car les principes généraux, au

moins dans les deux cas prévus par l'art. 1994, n'auraient permis au mandant d'agir contre le substitué que du chef du mandataire (substituant) et en vertu de l'art. 1166 : ce qui aurait eu pour résultat d'obliger le mandant, au cas d'insolvabilité du mandataire, de subir le concours des créanciers de celui-ci et de partager avec eux le bénéfice de son action. C'eût été assez injuste; et, dans le conflit qui s'élevait ici entre l'équité et un principe de droit, le législateur a préféré faire le sacrifice du principe.

Si le mandant peut agir directement contre le substitué, une juste réciprocité paraît exiger que le substitué puisse de son côté agir directement contre le mandant. En d'autres termes, et pour nous servir d'expressions empruntées au droit romain, la faculté, que la loi accorde au mandant, d'exercer de son propre chef contre le substitué l'action *mandati directa,* entraîne par voie de conséquence le droit pour le substitué d'exercer directement contre le mandant l'action *mandati contraria.*

Il reste à dire comment seront réglés les rapports du mandant envers les tiers avec lesquels le substitué a traité. Si le substitué a parlé au nom du mandant, ce sera comme si le mandant avait agi lui-même : c'est lui par conséquent qui deviendra créancier ou débiteur, c'est dans sa personne que naîtront les actions actives et passives résultant des actes passés par le substitué. On conçoit qu'il ne puisse plus en être de même, si le substitué a parlé au nom du mandataire (substituant). Alors c'est dans la personne de celui-ci que naîtront les actions actives et passives; mais nous croyons que le mandant pourrait exiger que ces actions lui fussent cédées.

II. *De l'obligation de rendre compte.*

922. « *Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de* » *faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procura-* » *tion, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* » (art. 1993). L'obligation pour le mandataire de rendre compte au mandant des sommes qu'il a touchées en vertu de sa procuration, alors même qu'elles ont été payées indûment, est fondée sur ce que le mandataire a reçu ces sommes, non pour son propre compte, mais pour celui du mandant dont il est le représentant.

L'art. 1996 ajoute : « *Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a* » *employées à son usage, à dater de cet emploi; et de celles dont il est* » *reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure* ».

= *Des sommes qu'il a employées à son usage.* Il ne suffit donc pas que le mandataire ait touché les sommes, il faut qu'il les ait détournées à son profit.

= *Du jour qu'il est mis en demeure.* Une simple sommation suffirait (arg. art. 1139). C'est une dérogation à la règle générale formulée par l'art. 1153 al. 3, dérogation dont il est aussi difficile de rendre raison que de la règle elle-même.

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS DU MANDANT

923. Les obligations du mandataire naissent directement du contrat de mandat; aussitôt que le contrat est parfait, il se trouve obligé de remplir la mission dont il s'est chargé. Les obligations du mandant, au contraire, sauf exception peut-être pour l'obligation de payer le salaire, quand le mandat est salarié, ne naissent pas directement du contrat, mais de certains faits postérieurs qui peuvent ne pas se pro-

duire. Aussi les Romains appelaient-ils *directa* l'action qui appartient au mandant contre le mandataire, et *contraria* celle qui appartient au mandataire contre le mandant.

Le mandant a trois obligations principales; il doit : 1° indemniser le mandataire de tout le préjudice qu'a pu lui causer l'exécution du mandat; 2° lui payer le salaire convenu; 3° exécuter toutes les obligations qui ont été contractées en son nom par le mandataire.

924. Première obligation. Le mandant est tenu de rendre le mandataire complètement indemne de toutes les suites de l'exécution du mandat. Cette obligation se justifie surtout lorsque le mandat est gratuit, ce qui constitue la règle; car le mandataire remplit alors un office d'ami, et il est de principe que *nemini officium suum debet esse damnosum.*

De là résultent plusieurs conséquences :

1° « *Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais* » *que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat* » (art. 1999 al. 1).

2° *L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le* » *mandant à dater du jour des avances constatées* (art. 2001), c'est-à-dire à dater du jour où il est constaté que les avances ont été faites. L'intérêt court de plein droit; c'est une dérogation à la règle de l'art. 1153 al. 3.

Le notaire, au moins en tant qu'il remplit les actes de son ministère, n'est pas le mandataire des parties : comment pourrait-il être le mandataire de personnes qui sont là, présentes devant lui, qui stipulent elles-mêmes, et dont il se borne à constater la volonté dans la forme authentique? Le notaire ne peut donc pas invoquer l'art. 2001 pour réclamer l'intérêt des avances, qu'il fait en cette qualité au nom de ses clients. Cette solution reçoit principalement son application aux droits d'enregistrement, dont le notaire fait l'avance en exécution de l'obligation que lui impose de ce chef la loi du 22 frimaire an VII. La jurisprudence, qui le décide ainsi, applique la même règle aux avoués; mais il est difficile de l'approuver sur ce dernier point. A la différence du notaire, l'avoué est le mandataire de ses clients, mandataire *ad litem,* il les représente en justice; on ne voit donc pas pourquoi il ne pourrait pas invoquer l'art. 2001. Cpr. *supra,* n. 907.

L'art. 2001 dérogeant au droit commun, il faut lui appliquer l'interprétation restrictive. Ce qu'il dit des avances ne doit donc pas être étendu au salaire : le mandataire n'a droit aux intérêts de son salaire qu'à compter de la demande en justice, conformément à la règle générale établie par l'art. 1153 al. 3.

3° « *Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que* » *celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui* » *soit imputable* » (art. 2000).

4° Si le mandataire a contracté personnellement quelque obligation envers des tiers pour l'exécution de son mandat, le mandant doit l'en libérer.

925. Deuxième obligation. *Paiement du salaire promis.* Après avoir dit que le mandant doit rembourser au mandataire les avances et les

frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, l'art. 1999 al. 1 ajoute : « *et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis* ». Nous savons que, si la gratuité est de la nature du mandat, elle n'est pas de son essence. La simple stipulation d'un salaire ne fait pas, comme autrefois, dégénérer le mandat en un autre contrat.

Le mandant peut-il refuser au mandataire le remboursement de ses avances ou le paiement de son salaire, sous prétexte que l'affaire n'a pas réussi? Non ; car le mandataire ne s'est pas engagé à faire réussir l'affaire, mais seulement à faire son possible pour obtenir ce résultat. Il ne peut donc être responsable de l'insuccès qu'autant qu'il est en faute pour n'avoir pas apporté à la conclusion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. C'est ce que dit l'art. 1999 al. 2 : « *S'il n'y a aucune faute* » *imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces rembour-* » *sement et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le* » *montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres* ».

926. Troisième obligation. « *Le mandant est tenu d'exécuter les enga-* » *gements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui* » *lui a été donné* » (art. 1998 al. 1). C'est une conséquence du principe que le mandataire représente le mandant : *qui mandat ipse fecisse videtur*. Mais il n'en est ainsi qu'autant que le mandataire agit dans les limites de son mandat. En tant qu'il les excède, il est sans pouvoir, et par suite il n'oblige plus le mandant : *qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur*.

Toutefois le mandant peut s'approprier par une ratification ce qui a été fait au delà du mandat par le mandataire agissant en cette qualité. « *Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a* » *ratifié expressément ou tacitement* », dit l'art. 1998 al. 2.

La ratification *expresse* est celle qui est donnée *expressis verbis*.

La ratification *tacite* résulte d'actes accomplis par le mandant et qui font nécessairement supposer chez lui la volonté de s'approprier ce qui a été fait en dehors des limites du mandat. Question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation.

Expresse ou tacite, la ratification rétroagit au jour où l'acte a été accompli ; elle équivaut à un mandat rétrospectif : *ratihabitio mandato æquiparatur*. C'est l'opinion générale. Il en est ainsi du moins dans les rapports des parties contractantes, le mandant et le mandataire. A l'égard des tiers, la ratification ne rétroagit pas : ce qu'on exprime sous une autre forme, en disant que la ratification ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers.

927. Le mandataire, qui n'oblige pas le mandant envers les tiers avec lesquels il traite, lorsqu'il excède les limites de son mandat, s'oblige-t-il du moins personnellement? La loi distingue : « *Le man-* » *dataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qua-* » *lité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune* » *garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement* » *soumis* » (art. 1997).

Ainsi le mandataire, qui a excédé les limites de son mandat, est obligé dans deux cas : 1° s'il s'est personnellement soumis à la garantie, par exemple s'il s'est porté fort pour le mandant, qui refuse de ratifier; 2° s'il n'a pas donné au tiers avec lequel il a traité une connaissance suffisante de ses pouvoirs, de telle sorte que celui-ci ait pu croire que les limites du mandat n'étaient pas dépassées. Le mandataire a ainsi, par sa faute, induit le tiers en une erreur préjudiciable, dont il est juste de lui faire supporter personnellement les conséquences. Il n'y a plus rien au contraire à reprocher au mandataire, quand il a suffisamment renseigné celui avec qui il a traité sur la nature de ses pouvoirs. Le tiers a bien dû voir en pareil cas, qu'il construisait sur le sable, en contractant avec un mandataire dont les pouvoirs n'étaient pas suffisants; et, s'il n'a pas exigé son engagement personnel, il n'a pu traiter que dans l'espoir d'une ratification, qu'il ne dépend pas du mandataire de lui faire obtenir et du défaut de laquelle celui-ci ne saurait par suite être rendu responsable.

928 Observation. — A l'égard des tiers avec lesquels il traite, le mandataire ne représente le mandant qu'autant qu'il agit en sa qualité de mandataire. S'il parle en son nom personnel, c'est lui qui s'oblige et c'est envers lui qu'on s'oblige ; car les tiers ne peuvent pas devenir créanciers ou débiteurs du mandant, lorsqu'ils ignorent que celui-ci est en cause. En est-il de même dans les rapports du mandant et du mandataire? Non : à l'égard du mandant, le mandataire, qui a parlé en son propre nom, est censé avoir agi pour le compte du mandant; car il s'y était obligé en acceptant le mandat. Le mandant peut donc exiger que le mandataire lui cède les actions qu'il a acquises contre les tiers, et en cas de refus se faire subroger judiciairement dans ces actions. Si le mandant use de ce droit, les tiers pourront, de leur côté, en vertu d'une juste loi de réciprocité, se faire céder les actions du mandataire contre le mandant ou s'y faire subroger judiciairement.

929. Disposition particulière. — « *Lorsque le mandataire a été* » *constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune* » *d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat* » (art. 2002).

Notre loi n'établit pas la solidarité entre comandataires (art. 1995); elle l'établit au contraire entre comandants, ainsi qu'on vient de le voir par la lecture de l'art. 2002.

Comme toutes les dispositions qui dérogent au droit commun, celle-ci doit être interprétée restrictivement. Ecrite en vue du mandat conventionnel (argument du mot *constitué*), elle ne s'appliquerait donc pas au mandat légal, Ainsi le tuteur, qui gèrerait les biens de plusieurs mineurs ayant des intérêts communs, ne les aurait pas pour obligés solidaires à raison de sa gestion.

CHAPITRE IV

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT

930. Aux termes de l'art. 2003 : « *Le mandat finit, — Par la révocation du mandataire, — Par la renonciation de celui-ci au mandat, — Par la mort naturelle* [*ou civile*], *l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire* ». Etudions succcessivement ces diverses causes.

931. 1° *Révocation.* Que le mandant puisse révoquer le mandat lorsque, comme il arrive le plus souvent, le contrat est intervenu dans son intérêt exclusif, rien n'est plus juste : le bénéfice du mandat était tout entier pour le mandant; libre à lui d'y renoncer, *unusquisque potest juri in favorem suum introducto renuntiare.* Mais on admet généralement qu'il n'en doit plus être ainsi lorsque le mandat intéresse un autre que le mandant, par exemple s'il a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, ou dans l'intérêt du mandant et d'un tiers. En pareil cas, le consentement de toutes les personnes qui sont intéressées au mandat serait nécessaire pour qu'il prît fin. La loi dit, il est vrai, en termes absolus, que le mandant peut révoquer le mandat ; mais ici comme ailleurs elle statue *de eo quod plerumque fit :* elle parle en vue du cas ordinaire, celui d'un mandat donné dans l'intérêt exclusif du mandant.

Que dire si le mandat est salarié ? On paraît d'accord pour admettre que cette circonstance ne fait pas obstacle au droit de révocation du mandant. La stipulation d'un salaire ne peut pas en effet faire considérer le mandat comme donné, même pour partie, dans l'intérêt du mandataire. On accorde seulement au mandataire révoqué le droit de réclamer le remboursement de ses avances, sans préjudice de dommages et intérêts, si la révocation a été faite intempestivement et sans motifs légitimes, ou en dehors des conditions déterminées par le contrat. Cpr. Cass., 9 juillet 1885, Sir., 87. 1. 478.

« *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* » (art. 2004).

932. La révocation du mandat peut être expresse ou tacite.

L'art. 2006 indique un cas particulier de révocation tacite : « *La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire, vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci* ». La révocation peut n'être que partielle, si le nouveau mandat ne s'applique qu'à une partie de ce qui était compris dans l'ancien. Ainsi j'ai donné à Pierre le mandat général d'administrer tous mes biens; plus tard je donne mandat à Paul de louer ma maison. Le mandat de Pierre

ne sera révoqué que pour la maison; il subsistera pour les autres biens.

La révocation expresse peut être faite n'importe en quelle forme, et portée à la connaissance du mandataire par un moyen quelconque. Cependant, si le mandant a des raisons pour craindre que le mandataire nie avoir reçu avis de la révocation, il fera prudemment de la lui notifier en une forme légale.

933. Aux termes de l'art. 2005 : « *La révocation notifiée au seul man-* » *dataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de* » *cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire* ». Autrement, la révocation pourrait être un piège tendu à la bonne foi des tiers.

On voit que le mandant peut être intéressé à notifier la révocation aux tiers, qui, ayant eu déjà des relations d'affaires avec le mandataire, connaissent la procuration et pourraient être tentés de contracter de nouveau avec lui dans l'ignorance de la révocation. A l'égard de ceux qui ne connaissent pas l'existence de la procuration, il suffira le plus souvent au mandant de retirer au mandataire l'acte écrit qui la constate : ce qui le mettra dans l'impossibilité d'établir son mandat et par suite de contracter en qualité de mandataire.

934. 2° *Renonciation du mandataire.* — On lit dans l'art. 2007 al. 1 : « *Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa* » *renonciation* ». Cette notification peut être faite en une forme quelconque, sauf les difficultés de la preuve.

La loi ajoute : « *Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant,* » *il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se* » *trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-* » *même un préjudice considérable* » (art. 2007 al. 2).

935. 3° *Mort du mandant ou du mandataire.* — La considération de la personne est dominante dans le contrat de mandat. Le mandant est guidé par un sentiment de confiance, le mandataire par un sentiment d'affection, tout au moins lorsque le mandat est gratuit, ce qui constitue la règle; or il n'y a rien de plus personnel que la confiance et l'affection. Voilà pourquoi la mort de l'une des parties met fin au mandat. Les héritiers du mandataire n'inspireront plus au mandant la même confiance ; le mandataire n'aura plus la même affection pour les héritiers du mandant.

La règle souffre une double limitation.

Nous trouvons la première dans l'art. 2010 : « *En cas de mort du* » *mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pour-* » *voir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de* » *celui-ci* ».

La deuxième est écrite dans l'art. 1991 al. 2 : « *Il* [le mandataire] » *est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant,* » *s'il y a péril en la demeure* ».

D'un autre côté, les parties peuvent convenir que la mort soit du mandant, soit du mandataire ne mettra pas fin au mandat. Cette convention peut être expresse ou tacite. Il y a convention tacite que le mandat survivra au mandant, lorsqu'il a été donné dans l'intérêt commun du mandant et d'un tiers ou du mandant et du mandataire.

936. 4° *Interdiction du mandant ou du mandataire.* — Ce que la loi dit de l'interdiction doit, d'après l'opinion générale, être étendu à tout changement d'état, qui rend le mandant incapable de conférer un mandat semblable à celui qu'il a donné ou le mandataire incapable de s'obliger par l'acceptation d'un pareil mandat.

937. 5° *Déconfiture du mandant ou du mandataire.* — La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour étendre à la faillite ce que la loi dit de la déconfiture.

938. L'énumération, que donne le code civil des causes qui mettent fin au mandat, n'est pas complète. Il y a lieu d'ajouter : 6° l'expiration du terme fixé, lorsque le mandat a été donné pour un certain temps; 7° la consommation de l'affaire en vue de laquelle le mandat a été donné.

939. Sort des actes accomplis par le mandataire après que le mandat a pris fin. — Ces actes ne sont pas opposables au mandant. Ce principe souffre cependant une double exception à raison de la bonne foi soit du mandataire, soit des tiers avec lesquels il a traité.

Première exception, *basée sur la bonne foi du mandataire.* Ignorant la cause qui a mis fin au mandat, croyant en conséquence que ses pouvoirs subsistent encore, le mandataire accomplit un acte dépendant de son mandat. Sa bonne foi le validera dans ses rapports avec le mandant, alors même que les tiers avec lesquels il a traité auraient agi de mauvaise foi, sachant que le mandat avait pris fin. La situation respective du mandant et du mandataire sera donc la même que si l'acte avait été accompli avant la cessation du mandat : notamment le mandataire pourra réclamer au mandant le remboursement de ses avances. C'est une prime accordée à la bonne foi du mandataire. Tel est le sens de l'art. 2008, ainsi conçu : « *Si le mandataire ignore la mort* » *du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce* » *qu'il a fait dans cette ignorance est validé* ».

Deuxième exception, *basée sur la bonne foi des tiers.* Dans l'ignorance de la cause qui a mis fin au mandat, un tiers contracte avec le mandataire dont les pouvoirs ont cessé. Grâce à sa bonne foi, il acquerra action contre le mandant, qui sera obligé comme il l'aurait été par un mandataire dont les pouvoirs n'auraient pas cessé. C'est ce que dit l'art. 2009 : « *Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont* » *exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi* ».

Nous avons trouvé dans l'art. 2005 une application anticipée de ce principe (*supra* n. 933).

La mauvaise foi du mandataire avec lequel ils ont traité ne priverait pas les tiers du droit d'invoquer la disposition de l'art. 2009, sauf au mandant ou à ses héritiers leur recours contre le mandataire infidèle.

Appendice. — Du mandataire prête-nom.

* **940.** On désigne sous la dénomination de *prête-nom* un mandataire, qui est tel en réalité, mais qui n'en a pas les apparences : son titre (un acte de vente ou de cession par exemple) le fait apparaître aux yeux des tiers comme propriétaire. Ainsi, dans ses rapports avec celui dont il tient ses droits, le prête-nom est mandataire, et tenu comme tel des obligations résultant du mandat ; dans ses rapports avec les tiers, il est propriétaire et jouit des pouvoirs attachés à ce titre. Un exemple éclaircira ces notions. Propriétaire d'une lettre de change, je donne mandat à un ami d'en effectuer en mon nom le recouvrement, et, pour faciliter l'exécution de ce mandat, j'endosse la lettre de change à son profit. Je l'en rends ainsi propriétaire à l'égard des tiers, et je m'expose à subir les conséquences des actes qu'il accomplira en cette qualité, alors même qu'ils excèderaient les limites de son mandat. Ainsi, au lieu de toucher, comme il le devait, le montant de la traite et de le verser entre mes mains, mon ami la passe à l'ordre d'un de ses créanciers, appliquant ainsi la lettre de change au paiement de sa dette personnelle. Ce faisant, il excède les termes de son mandat, mais néanmoins je ne pourrai pas critiquer l'endossement, car il ne dépasse pas les pouvoirs que lui conférait son titre apparent. J'ai eu tort de donner ma confiance à quelqu'un qui ne la méritait pas ; les tiers ne doivent pas en souffrir : j'aurai seulement l'action de mandat contre le mandataire infidèle.

TITRE XIV

Du cautionnement.

941. Nous arrivons aux contrats dits *de garantie,* parce qu'ils ont pour but de procurer au créancier une *sûreté* soit personnelle, soit réelle. Ce sont le cautionnement, la transaction, le nantissement et la constitution d'hypothèque. Il fallait autrefois ajouter à cette liste la contrainte par corps conventionnelle, supprimée aujourd'hui par la loi du 22 juillet 1867.

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT

942. Définition. — Le cautionnement est un contrat, par lequel une tierce personne garantit l'exécution d'une obligation, en s'engageant à payer si le débiteur ne le fait pas, et sauf son recours contre celui-ci. C'est à peu près ce que dit l'art. 2011 : « *Celui qui se rend caution* » *d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obli-* » *gation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ».

Par où l'on voit que le cautionnement fournit au créancier une sûreté *personnelle :* c'est une personne qui répond pour une autre, l'engagement du débiteur se trouve doublé de celui de la caution. Le créancier a donc désormais deux débiteurs au lieu d'un, et il faudra que l'un et l'autre deviennent insolvables pour qu'il perde le montant de sa créance.

On oppose aux sûretés *personnelles* les sûretés *réelles,* qui consistent dans l'affectation spéciale d'une chose, *res,* au créancier, comme le gage, l'hypothèque. Grande est la différence entre les unes et les autres. Celui qui fournit une sûreté réelle pour la dette d'autrui, par exemple une hypothèque, n'affecte que le bien qui fait l'objet de la sûreté; il ne contracte aucun engagement personnel : c'est le bien qui répond et non celui qui l'a engagé, *res non persona debet;* d'où le nom de sûreté *réelle.* De sorte que celui qui a fourni une garantie de cette nature est quitte envers le créancier en lui abandonnant son gage, et il cesse aussi d'être tenu envers lui, si, par une cause quelconque, il perd la possession du bien affecté ; car il n'est tenu que *propter rem.* Au contraire, celui qui fournit une sûreté personnelle s'oblige personnellement, et par conséquent sur tous ses biens (art. 2092). Après sa mort, son engagement passe à ses héritiers ; l'art. 2017 a cru devoir le dire en ce qui concerne le cautionnement, parce qu'il en était autrement dans l'ancien droit romain et dans notre très ancien droit français : « *Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'ex-* » *ception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la* » *caution y fût obligée* ». La disposition finale de ce texte est devenue sans objet, depuis que la loi du 22 juillet 1867 a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

943. La caution contractant une obligation personnelle qui affecte tous ses biens, il en résulte que, pour pouvoir valablement fournir un cautionnement, il faut avoir la capacité pleine et entière de s'obliger. Ainsi un mineur, même émancipé, ne peut pas valablement cautionner la dette d'autrui; une femme mariée ne le peut qu'autant qu'elle est valablement autorisée.

944. Notre mot *cautionnement* est dérivé du mot latin *cautio* (de *cavere, cautum,* garantir), qui désignait d'une manière générale dans le droit romain toutes les garanties, de quelque nature qu'elles fussent, destinées à assurer l'exécution d'une obligation. Nous avons donc affecté à la désignation d'une certaine garantie, personnelle de son essence, une expression, que les Romains employaient pour désigner toutes les garanties en général. Cependant, comme par un ressouvenir de l'ancienne signification du mot, nous désignons encore aujourd'hui sous le nom de *cautionnement* une garantie qui n'a rien de commun avec celle que définit l'art. 2011. Il s'agit du *cautionnement,* auquel sont soumis certains fonctionnaires publics en vue de la réparation du préjudice résultant des fautes qu'ils pourraient commettre dans l'exercice de leurs fonctions. Ce cautionnement consiste ordinairement dans le dépôt d'une somme d'argent; c'est une garantie réelle.

§ I. *De la nature du cautionnement.*

945. Le cautionnement est un contrat consensuel, unilatéral, accessoire et ordinairement de bienfaisance.

946. A. Le cautionnement est un contrat consensuel; le seul consentement des parties suffit donc à sa validité. Et toutetefois, par dérogation aux règles du droit commun, la loi ne se contente pas d'un consentement tacite. « *Le cautionnement* », dit l'art. 2015, 1re partie, » *ne se présume point; il doit être exprès* ».

Quelle en est la raison ? Il n'y a pas de convention plus désavantageuse que le cautionnement; la caution s'oblige à payer si le débiteur ne paie pas, éventualité qui se réalise souvent. *Qui cautionne paie*, dit un vieux proverbe. La caution, il est vrai, a alors un recours pour se faire rembourser; mais le plus souvent ce recours est illusoire par suite de l'insolvabilité du débiteur. On voit que la caution se charge d'un gros risque, et le plus souvent sans aucune compensation; car le cautionnement est gratuit de sa nature. Dans ces conditions, il est tout simple que la loi ait exigé de la part de celui qui se porte caution un consentement *exprès*, c'est-à-dire exprimé, manifesté soit par une déclaration écrite, soit au moins par une déclaration verbale. Un consentement tacitement manifesté n'a pas paru offrir un caractère suffisant de certitude. Ainsi je vous écris : Vous pouvez sans crainte prêter de l'argent à un tel; il m'est particulièrement connu pour sa solvabilité et pour sa fidélité à remplir ses engagements ». En parlant ainsi, j'ai bien pu avoir l'intention de me porter caution de la personne désignée, pour le cas où vous lui prêteriez de l'argent; mais ce n'est pas certain. En tout cas je n'en ai pas *exprimé* la volonté, comme l'exige l'art. 2015 : par conséquent je ne pourrai pas être recherché comme caution. En deux mots, le cautionnement ne peut pas résulter d'un simple conseil ou d'une simple recommandation, ni d'aucun acte, quelque significatif qu'il soit, manifestant tacitement la volonté de se porter caution. Voyez cependant Chambéry, 2 décembre 1878, Sir., 79. 2. 53.

Il est bien entendu que c'est seulement la volonté de celui qui se porte caution qui doit être manifestée expressément; le consentement du créancier, envers lequel le cautionnement est contracté, peut n'être que tacite, conformément au droit commun. En disant : « Le cautionnement ne se présume point » (art. 2015), la loi ne songe certainement qu'à celui qui s'oblige en qualité de caution; elle entend exprimer cette pensée que la volonté de se porter caution doit être expresse.

D'ailleurs, en ce qui concerne la preuve, le cautionnement demeure soumis de tous points aux règles du droit commun, par cela seul que la loi n'y a pas dérogé. Un cautionnement verbal ne pourrait donc pas, en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, être prouvé par témoins au-dessus de la somme de 150 fr. (arg. art. 1341).

947. B. Le cautionnement est un contrat unilatéral. En effet la caution seule s'oblige envers le créancier; celui-ci, de son côté, ne contracte aucune obligation envers la caution.

Il en résulte une conséquence importante au point de vue de la preuve. Si les par-

ties veulent constater le cautionnement par acte sous seing privé, il ne sera pas nécessaire que l'acte satisfasse aux prescriptions de l'art. 1325, relatif à la formalité du double écrit.

Mais nous croyons que l'acte, qui constate le cautionnement, serait soumis aux exigences de l'art. 1326 en ce qui concerne le *bon* ou *approuvé,* si le cautionnement s'applique à une promesse de payer une somme d'argent ou une autre chose appréciable. On se trouve alors tout à fait dans l'esprit non moins que dans les termes de l'art. 1326. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens.

Le contrat de cautionnement intervient entre le créancier et la caution; le débiteur y demeure étranger. Ainsi s'explique très simplement la disposition de l'art. 2014 al. 1 : « *On peut se rendre caution sans* » *ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu* ».

Allons plus loin : on peut cautionner un débiteur malgré son opposition et par conséquent contre son gré. Mais hâtons-nous de dire que c'est là une faculté dont on n'abuse pas, si tant est qu'on en use; et, si nous prenons la peine de la mentionner, c'est uniquement pour l'honneur du principe et afin de le mettre dans tout son jour. Régulièrement la caution n'intervient que sur la prière, souvent très pressante, du débiteur et dans le but de lui procurer un crédit qu'il n'obtiendrait pas sans cela. Dans la pratique, c'est celui auquel le cautionnement est demandé qui le refuse, et non le débiteur auquel il est offert.

948. C. Le cautionnement est un contrat de bienfaisance, non par rapport au créancier, qui ne fait que s'assurer le paiement de ce qui lui est dû, mais par rapport au débiteur qui en retire un avantage purement gratuit : il obtient en effet, grâce à l'intervention généreuse et désintéressée de la caution, un crédit qui lui serait refusé sans cela.

Toutefois, la gratuité n'est que de la nature du cautionnement ; elle n'est pas de son essence. La caution peut stipuler une indemnité comme prix du service qu'elle rend; le contrat devient alors à titre onéreux.

949. D. Enfin le cautionnement est un contrat accessoire. Son but est de procurer une garantie à un créancier; il suppose donc nécessairement une obligation préexistante, à laquelle il se rattache par le lien qui unit l'accessoire au principal. Ce caractère est le plus important à noter parmi ceux qui distinguent le cautionnement, du moins si l'on en juge par le nombre et la gravité des conséquences qu'il entraîne; nous allons indiquer ici les deux principales.

950. 1° « *Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation vala-* » *ble* » (art. 2012 al. 1). Le sort du cautionnement est intimement lié à celui de l'obligation à laquelle il se rattache.

L'obligation principale est-elle dépourvue d'existence légale? Le cautionnement est inexistant lui-même; il en est ainsi par exemple du cautionnement donné pour une obligation dont la cause est illicite. Arg. art. 1131.

L'obligation cautionnée est-elle seulement nulle ou annulable? Tant que le sort de l'obligation sera en suspens, il en sera de même du sort

du cautionnement. Le jour où la nullité de l'obligation principale sera couverte, par exemple par une ratification expresse, le cautionnement deviendra définitivement valable. Si au contraire l'obligation succombe sous le coup de l'action en nullité, le cautionnement tombera avec elle, comme le lierre avec le mur qui le soutient.

Cette dernière règle souffre cependant exception lorsque l'obligation cautionnée est nulle pour cause d'incapacité de l'obligé. Dans ce cas, l'annulation de l'obligation principale n'entraîne pas la nullité de l'obligation accessoire de la caution. Par exemple je cautionne un emprunt contracté par un mineur; parvenu à sa majorité, le mineur fait prononcer la nullité de son engagement. L'obligation que j'ai contractée en qualité de caution n'en subsistera pas moins, et je pourrai être forcé de l'exécuter. C'est ce qui résulte de l'art. 2012 al. 2, qu'il serait difficile d'entendre dans ce sens, si les travaux préparatoires de la loi ne venaient nous révéler d'une manière indubitable la pensée du législateur. Voici le texte : après avoir dit que « le cautionnement ne » peut exister que sur une obligation valable », la loi ajoute : « *On* » *peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annu-* » *lée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans* » *le cas de minorité* ». Cpr. art. 2036 al. 2, et *infra*, n. 976. La loi suppose sans doute que celui qui cautionne sciemment la dette d'un incapable, entend précisément garantir le créancier contre le risque auquel l'expose l'incapacité du débiteur.

L'obligation de la caution pourra donc survivre dans cette hypothèse à celle du débiteur : l'incapable ayant fait prononcer la nullité de son obligation, la caution n'en sera pas moins tenue de payer. Mais alors on est en droit de se demander à quoi se rattachera l'obligation de la caution; car il faut bien qu'elle se rattache à quelque chose, la nature du cautionnement ne lui permettant pas d'avoir une existence indépendante. Nous ne voyons qu'une explication possible : une obligation naturelle survit à l'obligation civile, annulée pour cause d'incapacité du débiteur; c'est cette obligation naturelle qui sert de soutien au cautionnement. D'où nous concluons que les obligations naturelles peuvent être cautionnées.

951. D'ailleurs une obligation quelconque peut être cautionnée, pourvu qu'elle soit valable.

Ainsi, bien qu'en pratique le cautionnement ne soit guère usité que pour les obligations de sommes d'argent et principalement pour celles résultant d'un prêt, en théorie il peut s'appliquer également à toute obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

« *On peut aussi* », dit l'art. 2014 al. 2, « *se rendre caution, non seulement du* » *débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné* ». Celui qui cautionne une caution porte le nom de *certificateur*, expression qu'on trouve dans l'art. 135 C. pr.

Enfin les obligations futures peuvent elles-mêmes être cautionnées. Ainsi un banquier ouvre un crédit de 100,000 fr. à mon fils, et je me porte caution de celui-ci. Le cautionnement est valable; et cependant au moment où je le contracte, aucune obligation n'existe encore à la charge de mon fils : il ne sera obligé que lorsqu'il

usera du crédit et dans la mesure seulement où il en aura usé. Mais je puis cautionner cette obligation future, et, une fois que je l'aurai fait, je serai lié ; il ne dépendra plus de moi de me soustraire à mon obligation en déclarant que je me rétracte. Le contraire a été soutenu bien à tort.

952. 2° Nous trouvons dans l'art. 2013 une deuxième conséquence du principe que le cautionnement est un contrat accessoire : *Le cau-* » *tionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être con-* » *tracté sous des conditions plus onéreuses. — Il peut être contracté pour* » *une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.* » — *Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des* » *conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à* » *la mesure de l'obligation principale* ».

= *Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur.* Ainsi, la dette principale étant de 100, la caution ne peut pas s'obliger pour 150. La loi romaine nous en donne la raison : *nec plus in accessione esse potest quam in principali re.*

= *Ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.* Ainsi, le débiteur étant obligé à terme ou sous condition, la caution ne peut pas s'obliger purement et simplement. Mais elle pourrait en sens inverse s'obliger à terme ou sous condition, la dette principale étant pure et simple.

§ II. *Etendue du cautionnement.*

953. Le principe qui domine toute cette matière est que le cautionnement doit être interprété restrictivement. En d'autres termes, lorsqu'il y a doute, il faut interpréter le contrat dans le sens le plus favorable à la caution, c'est-à-dire dans le sens le plus restrictif. C'est ainsi qu'on doit entendre la partie finale de l'art. 2015, dont la rédaction aurait pu être plus précise : « *on ne peut pas l'étendre* [le caution- » nement] *au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ».

Que ce principe s'applique au cautionnement limité, cela est sans difficulté. Ainsi j'ai cautionné un fermier *pour le paiement de son prix de ferme;* je ne répondrai pas de l'exécution des autres obligations résultant du bail, par exemple du remboursement des avances faites au fermier en vertu d'une clause du contrat.

Il nous paraît certain que le principe reçoit aussi son application au cautionnement illimité; car la loi le formule dans les termes les plus généraux. On en trouve la preuve dans l'art. 1740. Je me porte caution d'un bail, sans autre explication; c'est un cautionnement illimité. Je répondrai par conséquent de l'exécution de toutes les obligations résultant du bail, car aucune n'a été exclue. Répondrai-je aussi de l'exécution des obligations résultant du nouveau bail, qui à l'expiration du premier pourra se former par la tacite réconduction? Non, dit l'art. 1740. Ce serait étendre le cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté; j'ai cautionné l'ancien bail, mais rien ne prouve que j'aie entendu me porter caution du nouveau qui se forme par le consentement tacite des parties.

D'ailleurs, aux termes de l'art. 2016 : « *Le cautionnement indéfini d'une obliga-* » *tion principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la*

» *première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à* » *la caution.*

= *A tous les accessoires.* Ainsi celui qui se porte caution d'un prêt d'argent répond des intérêts que l'emprunteur doit en vertu du contrat; de même celui qui se porte caution d'un bail répond des dommages et intérêts, dont le preneur pourra être débiteur envers le bailleur pour inexécution des obligations résultant du contrat.

= *Même aux frais de la première demande.* C'est encore un accessoire de la dette, parce que le créancier a dû faire ces frais pour tâcher d'obtenir son paiement. Mais, si le débiteur ne satisfait pas à cette demande, le créancier devra la dénoncer à la caution, s'il veut pouvoir répéter contre elle les frais qu'il fera postérieurement; car la caution peut avoir intérêt à prévenir ces frais en payant.

§ III. *Des diverses espèces de cautionnement et des conditions auxquelles la caution doit satisfaire.*

954. Le cautionnement est légal, juciciaire ou conventionnel.

a. Le cautionnement *légal* est celui qui est fourni en exécution d'une disposition impérative de la loi. On en trouve de nombreux exemples ; citons, dans le code civil seulement, les articles 16, 120, 601, 626, 771, 773, 807, 1613, 1653, 2185...

b. Le cautionnement *judiciaire* est celui qui est ordonné par la justice. Ainsi, dans certains cas, le juge peut ordonner l'exécution provisoire de sa sentence moyennant caution (C. pr., art. 135 et 439).

Il existe dans le titre *Du cautionnement* un chapitre spécial sur les cautions légales et les cautions judiciaires : c'est le chapitre IV.

c. Le cautionnement *conventionnel* est celui que le débiteur fournit en exécution d'une convention qui l'oblige.

Nous laissons de côté pour le moment, à cause de son peu d'intérêt pratique, le cas où le cautionnement est donné à l'insu du débiteur ou contre son gré.

955. Toute la valeur du cautionnement dépend de la solvabilité de la caution. Cela posé, on comprend que le débiteur, obligé de fournir caution, ne peut pas s'acquitter de son obligation en procurant l'engagement du premier venu : ce serait lui laisser les moyens de rendre complètement illusoire pour le créancier la garantie qu'il lui doit.

La caution offerte par le débiteur doit donc remplir certaines conditions. Lesquelles ? La loi répond à cette question dans les art. 2018 et 2019, applicables, non pas seulement aux cautions conventionnelles, comme pourrait le donner à penser la place qu'ils occupent, mais aussi aux cautions légales et aux cautions judiciaires (art. 2040).

956. Aux termes de l'art. 2018 : « *Le débiteur obligé à fournir une* » *caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait* » *un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le* » *domicile soit dans le ressort de la cour royale où elle doit être donnée* ».

Il faut donc que la caution offerte par le débiteur satisfasse à trois conditions pour que le créancier soit tenu de l'accepter. Elle doit :

1° *Avoir la capacité de contracter,* c'est-à-dire la capacité pleine et entière de s'obliger et par suite d'engager tous ses biens (art. 2092). Ainsi une personne pourvue d'un conseil judiciaire ne pourrait pas être offerte comme caution (arg. art. 499 et 513).

2° *Etre domiciliée dans le ressort de la cour d'appel où le cautionnement doit être fourni.* Si le domicile de la caution était trop éloigné, les poursuites à exercer contre elle, au cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur, pourraient être trop onéreuses et trop difficiles pour le créancier.

3° *Etre solvable.* Afin de laisser le moins de place possible à l'arbitraire du juge, la loi détermine les éléments qu'il devra prendre en considération pour apprécier la solvabilité de la caution. On lit à ce sujet dans l'art. 2019 al. 1 : « *La solvabilité d'une caution ne s'estime* » *qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce,* » *ou lorsque la dette est modique* ».

La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses PROPRIÉTÉS FONCIÈRES : ce qui ne permet même pas au juge de prendre en considération les valeurs mobilières immobilisées appartenant à la caution. Encore un écho de la maxime *Res mobilis res vilis,* sous l'inspiration de laquelle notre législateur a inséré dans le code civil un si grand nombre de dispositions qu'il serait désirable d'en voir disparaître ! — L'exception, que la loi établit pour le cas où la dette est modique, s'explique d'elle-même, et celle relative au commerce est fondée sur ce que les commerçants les plus riches n'ont souvent qu'une fortune exclusivement mobilière.

La loi ajoute : « *On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont* » *la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situa-* » *tion* » (art. 2019 al. 2).

Le législateur ne dit pas ce qu'il entend par *immeubles litigieux.* Le juge est donc investi d'un large pouvoir d'appréciation sur ce point, comme aussi sur celui de savoir quels sont les immeubles dont il ne faut pas tenir compte à raison de leur éloignement.

957. Telles sont les conditions légales auxquelles doit satisfaire la caution offerte par le débiteur tenu d'en fournir une. Il est à peine utile de dire que le créancier est libre d'accepter à ses risques et périls, s'il le juge à propos, une caution qui ne remplit pas ces conditions.

958. Le débiteur, obligé de fournir caution, en a présenté une qui remplit les conditions légales ; le créancier l'a acceptée, volontairement ou à la suite d'un débat judiciaire dans lequel il a succombé ; cette caution devient plus tard insolvable. Le créancier peut-il en exiger une autre ? La loi lui accorde ce droit, considérant sans doute qu'il a été tacitement convenu entre les parties que la dette serait toujours garantie ; or elle ne l'est plus, du jour où la caution est devenue insolvable. Dans un seul cas, la loi refuse au créancier le droit d'exiger une nouvelle caution ; c'est celui où la convention imposait au débiteur, non pas d'une manière générale l'obligation de fournir une caution, mais l'obligation spéciale de fournir le cautionnement d'une personne déterminée, choisie et exigée par le créancier lui-même. La règle et l'exception sont écrites dans l'art. 2020, qui résumera tout ce que nous venons de dire : » *Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite* » *devenue insolvable, il doit en être donné une autre. Cette règle reçoit exception*

» *dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention* » *par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution* ».

La caution est *devenue insolvable* dans le sens de l'art. 2020, lorsqu'elle ne satisfait plus aux conditions de solvabilité prescrites par l'art. 2019. Cela résulte du lien qui unit l'art. 2020 à celui qui précède.

CHAPITRE II

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT

959. La caution est tenue de payer à défaut du débiteur. La rigueur de cette obligation peut être tempérée par trois bénéfices que la loi accorde à la caution : 1° le bénéfice de *discussion,* qui lui permet d'exiger que le créancier *discute* préalablement le débiteur principal, c'est-à-dire procède à la saisie et à la vente de ses biens; 2° le bénéfice de *division,* qui suppose l'existence de plusieurs cautions et permet à celle que le créancier poursuit d'obtenir la division de la dette entre elle est ses cofidéjusseurs solvables; 3° le bénéfice de *cession d'actions* ou mieux de *subrogation,* en vertu duquel la caution qui a payé est subrogée dans tous les droits du créancier tant contre le débiteur que contre les tiers personnellement ou hypothécairement obligés au paiement de la dette. Tel est à peu près le programme des matières, que le législateur traite dans les trois sections qui composent ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION

960. Dans ses rapports avec le créancier, la caution jouit de deux bénéfices ou exceptions, le bénéfice de *discussion* et le bénéfice de *division.*

1. Bénéfice de discussion.

961. Le bénéfice de discussion, que nous venons de définir, est principalement fondé sur des considérations d'équité. En droit strict, la caution devrait pouvoir être forcée de payer, par cela seul que le débiteur néglige de le faire à l'époque convenue; car elle a garanti la fidèle exécution de l'obligation principale et par conséquent l'exécution *à l'échéance.* Or, en opposant le bénéfice de discussion, qui est une exception *dilatoire,* la caution obtiendra un sursis : le paiement sera suspendu pendant le temps nécessaire à la discussion du débiteur, ce qui est une atteinte au droit du créancier. On a pris en considération la situation de la caution, qui est en effet digne d'intérêt : la dette dont on lui demande le paiement n'est pas la sienne; c'est pour rendre service au débiteur, pour lui procurer du crédit, qu'elle est intervenue. N'est-il pas juste qu'elle soit autorisée à exiger qu'avant de s'attaquer à elle il soit constaté que le débiteur est dans l'impossibilité de payer ?

L'art. 2021 donne une idée assez confuse de la nature du bénéfice de discussion : « *La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur,* » *qui doit être préalablement discuté dans ses biens : à moins que la caution n'ait* » *renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidaire-* » *ment avec le débiteur; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les prin-* » *cipes qui ont été établis pour les dettes solidaires* ». Il semblerait résulter de la première partie de ce texte que le créancier ne peut régulièrement s'attaquer à la caution qu'après avoir discuté le débiteur, que par suite son action peut être repoussée par une fin de non-recevoir, comme intentée irrégulièrement, si elle n'a pas été précédée de cette discussion. Mais l'article suivant détruit cette induction, en expliquant que la discussion n'est pas de droit, qu'elle ne devient obligatoire pour le créancier qu'autant que la caution oppose l'exception de discussion : « *Le créancier* » *n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert,* » *sur les premières poursuites dirigées contre elle* » (art. 2022).

Le créancier ne doit-il pas tout au moins, avant de s'attaquer à la caution, mettre le débiteur en demeure de payer ? L'affirmative paraît bien résulter des termes de l'art. 2021, qui ne déclare la caution tenue *qu'à défaut du débiteur*. N'est-ce pas dire que la demande du créancier contre la caution n'est régulièrement formée qu'autant que le débiteur refuse de payer ? Ce qu'il appartiendrait au créancier de prouver, puisqu'il s'agit d'une condition de recevabilité de sa demande, et ce que régulièrement il prouvera en démontrant qu'il a adressé au débiteur une sommation demeurée sans résultat. Malgré ces raisons, qui semblent péremptoires, l'opinion contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence.

962. Le droit de requérir la discussion préalable du débiteur constitue un bénéfice pour la caution; elle est donc libre d'y renoncer, et, conformément aux règles du droit commun, elle peut le faire soit expressément, soit tacitement. La renonciation expresse est le plus souvent contenue dans l'acte même qui constate le cautionnement; elle y est devenue presque de style. La renonciation tacite peut résulter, soit de ce que la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur (art. 2021), soit du retard qu'elle met à opposer l'exception de discussion, lorsqu'elle est poursuivie par le créancier. En général, la caution doit être déclarée déchue du bénéfice de discussion, si elle ne l'a pas opposé *sur les premières poursuites :* ce qui n'exclut pas cependant le droit pour le juge d'apprécier les causes qui peuvent expliquer le retard de la caution.

963. Conditions auxquelles doit satisfaire la caution qui requiert la discussion du débiteur. — « *La caution qui requiert la* » *discussion, doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et* » *avancer les deniers suffisants pour faire la discussion* » (art. 2023 al. 1). il paraît juste en effet que le créancier ne soit pas forcé d'avancer des frais qui se font dans l'intérêt exclusif de la caution.

Les biens indiqués par la caution ne doivent pas être d'une discussion trop longue ni trop difficile. Cette considération a dicté l'alinéa 2 de l'art. 2023 : « *Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur princi-* » *pal situés hors de l'arrondissement de la cour royale du lieu où le* » *paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la* » *dette qui ne sont plus en la possession du débiteur* ».

Mais il n'est pas nécessaire que les biens indiqués par la caution aient une valeur suffisante pour procurer le paiement intégral de la dette. Il est vrai que la discus-

sion pourra avoir ainsi pour résultat de forcer le créancier à recevoir un paiement partiel, contrairement à l'art. 1244 ; mais le mal ne sera pas bien grand, car le créancier aura le droit d'exiger immédiatement que la caution paye le complément.

D'ailleurs la caution peut indiquer des biens meubles comme des biens immeubles. *Lex non distinguit.*

964. Lorsque la discussion a été régulièrement requise par la caution, le créancier est obligé sous sa responsabilité personnelle d'y procéder. S'il néglige de le faire et que le débiteur devienne insolvable, il perdra la somme que la discussion lui aurait procurée, sans pouvoir en demander le remboursement à la caution. C'est ce que dit l'art. 2024 : « *Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens auto-* » *risée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la dis-* » *cussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à* » *l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut* » *de poursuites* ».

2. *Bénéfice de division.*

965. Plusieurs personnes ont cautionné une même dette. D'après les règles du droit commun, l'obligation devrait se diviser de plein droit entre les cautions, comme elle se divise entre codébiteurs (art. 1220). L'art. 2025 est venu déroger à cette règle en disposant : « *Lorsque* » *plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour* » *une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette* ».

Quelle est la raison de cette dérogation? Il est difficile d'en trouver une satisfaisante; on n'en voit guère d'autre que la tradition.

La loi dit que les cautions sont *obligées chacune à toute la dette,* mais elle ne dit pas qu'elles soient *débitrices solidaires;* et nous en concluons que cette qualité ne leur appartient pas, car il n'y a pas de solidarité légale sans une loi qui l'établisse (arg. art. 1202). Il en résulte notamment que les dispositions des art. 1205, 1206 et 1207 ne sont pas applicables aux diverses cautions d'une même dette.

Mais la loi ne leur refuse le bénéfice du droit commun que pour leur permettre de le ressaisir en partie sous une autre forme : « *Néan-* » *moins* », dit l'art. 2026, « *chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait* » *renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préala-* » *blement son action, et la réduise à la part et portion de chaque cau-* » *tion* ». C'est un motif d'équité, paraît-il, qui a fait établir le bénéfice de division, comme le bénéfice de discussion.

Mais on a remarqué avec raison que, si l'équité exige la division de la dette entre les cautions, il aurait été beaucoup plus simple que la loi opérât cette division de plein droit, comme elle l'a fait entre codébiteurs. Le système du législateur est on ne peut plus bizarre. Il commence par déroger au droit commun, en décidant que la dette ne se divisera pas de plein droit entre les cautions; puis il déroge à cette dérogation en leur accordant le bénéfice de division. Ce n'est pas la *simplicitas legibus amica.*

966. Maintenant il importe de bien comprendre comment fonctionne le bénéfice de division. La caution qui invoque ce bénéfice ne doit être condamnée que pour sa part dans la dette. La détermination de cette part rentre dans l'office du juge, et la loi lui trace les règles qui doivent le guider dans cette circonstance. Si toutes les cautions sont sol-

vables au moment où il prononce sa sentence, le juge condamnera la caution qui a invoqué le bénéfice de division, pour sa part virile : un tiers s'il y a trois cautions, un quart s'il y en a quatre... Si au contraire il y a des cautions insolvables, le juge n'en tiendra pas compte pour opérer la division de la dette ; ainsi il y a cinq cautions dont deux insolvables, le juge calculera comme s'il y avait trois cautions seulement. D'où il suit que la caution qui invoque le bénéfice de division supporte sa part dans les insolvabilités de ses cofidéjusseurs, survenues à une époque antérieure à celle où le juge rend sa sentence ; mais les insolvabilités qui surviennent postérieurement ne la regardent pas : elle est quitte en payant sa part telle qu'elle a été fixée par le juge.

Tout ce que nous venons de dire est contenu en substance dans l'art. 2026 al. 2, ainsi conçu : « *Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division* ».

On voit que le juge doit considérer l'état de choses, existant au moment où il rend sa sentence, pour déterminer quelles sont les insolvabilités dont la caution qui invoque le bénéfice de division doit supporter sa part ; le texte est formel (argument des mots *dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division*), et par conséquent on a eu tort de soutenir que le juge doit se reporter *à l'époque où la demande a été formée,* pour résoudre la question dont il s'agit.

On voit aussi qu'il faut éviter de dire, comme on le fait souvent, que le juge opère la division de la dette entre toutes les cautions qui sont solvables à ce moment. Tout au moins il faudrait expliquer qu'il s'agit d'une division que le juge opère *sur le papier* seulement, pour déterminer le montant de la condamnation à prononcer contre la caution qui a invoqué le bénéfice de division. Car, dans les termes où elle est conçue, la proposition semble signifier que le juge condamnera chacune des cautions solvables à payer sa part, non seulement la caution contre laquelle la demande a été formée et qui invoque le bénéfice de division, mais aussi les autres qui ne sont pas en cause. Or ce serait là une véritable hérésie : le juge ne peut condamner que la caution ou les cautions qui sont parties à l'instance, sauf aux autres à invoquer à leur tour le bénéfice de division quand elles seront poursuivies.

La loi n'exige pas que le bénéfice de division soit invoqué *sur les premières poursuites,* comme le bénéfice de discussion. On en conclut, conformément au sentiment de Pothier, qu'il peut être utilement invoqué en tout état de cause. La raison de cette différence est que le bénéfice de discussion constitue une exception *dilatoire,* tandis que le bénéfice de division constitue une exception *péremptoire.* Or la renonciation à une exception dilatoire peut être plus facilement admise que la renonciation à une exception péremptoire.

967. Nous nous bornerons à peu près à transcrire l'art. 2027 qui termine notre section : « *Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables* ». La raison en est que le créancier a, en pareil cas, tacitement renoncé au droit de poursuivre chaque caution pour le tout.

SECTION II

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE DÉBITEUR ET LA CAUTION

968. La caution qui a payé a le droit d'être remboursée ; car ce n'est pas sa propre dette qu'elle a soldée, mais celle d'autrui. Pour obtenir ce remboursement, elle a de son propre chef une action personnelle contre le débiteur; en outre la loi lui accorde la subrogation dans les droits du créancier. En principe, la caution ne peut agir contre le débiteur soit par l'action personnelle, soit par l'action subrogatoire qu'après avoir payé. Dans certains cas exceptionnels cependant, la loi accorde à la caution un recours anticipé. Telles sont en substance les décisions contenues dans notre section; étudions les détails.

1. *Recours de la caution par l'action personnelle.*

969. Principe. — « *La caution qui a payé, a son recours contre le » débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à » l'insu du débiteur* « (art. 2028 al. 1). Quel est le fondement de ce recours? Si le cautionnement est intervenu *au su* du débiteur, il est le résultat d'un mandat soit exprès, soit tacite donné par le débiteur à la caution; c'est donc par l'action de mandat *(mandati contraria)* que la caution demandera son remboursement. Si le cautionnement s'est produit *à l'insu* du débiteur, mais cependant sans opposition de sa part, on peut le considérer comme constituant une gestion d'affaire : la caution a géré utilement l'affaire du débiteur en répondant pour lui; elle aura donc, pour obtenir son remboursement après avoir payé, l'action de gestion d'affaires *(negotiorum gestorum contraria)*.

Mentionnons dans un intérêt théorique l'hypothèse à peu près chimérique d'un cautionnement fourni au su du débiteur et malgré son opposition. Il est douteux qu'en pareil cas la caution ait de son propre chef une action pour se faire rembourser après avoir payé : tout le monde lui refuse l'action *mandati* et l'action *negotiorum gestorum,* et plusieurs lui contestent même l'action *de in rem verso.* Mais il paraît certain que la caution pourrait agir dans cette hypothèse par l'action subrogatoire; car l'art. 2029 accorde dans tous les cas sans distinction la subrogation à la caution qui paie.

970. Etendue du recours de la caution. — « *Ce recours a lieu » tant pour le principal que pour les intérêts* » (art. 2028 al. 2, 1re partie).

= *Pour le* PRINCIPAL. Cette expression comprend ici tout ce que la caution a payé en l'acquit du débiteur, par conséquent non seulement le capital de la dette mais aussi les intérêts, en supposant qu'ils fussent compris dans le cautionnement et que la caution ait par suite été forcée de les payer. A l'égard du débiteur, on distingue bien le principal de la dette des intérêts; mais cette distinction n'a pas lieu en ce qui concerne la caution : tout ce qu'elle paie en l'acquit du débiteur forme pour elle le *principal.*

= *Pour les intérêts.* Il s'agit des intérêts du principal tel que nous venons de le définir, c'est-à-dire des intérêts de tout ce que la caution a payé au créancier en

l'acquit du débiteur. Ces intérêts sont dus de plein droit à la caution, par dérogation à la règle de l'art. 1153 al. 3.

= *Pour les frais.* Cette expression comprend dans sa généralité, non seulement les frais faits *contre le débiteur* et que la caution a été forcée de payer en vertu de l'art. 2016, mais aussi ceux faits dans l'instance engagée par le créancier *contre la caution elle-même.* Et toutefois il existe, en ce qui concerne ces derniers, une restriction, que la loi formule en termes assez défectueux dans la partie finale de l'alinéa 2 de l'art. 2028 : « *néanmoins la caution n'a de recours* QUE *pour les frais par elle* » *faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre* » *elle* ». Lisez : *n'a de recours pour les frais par elle faits* QUE *depuis qu'elle a dénoncé...* Il est juste que les frais antérieurs à cette dénonciation (à l'exception cependant de ceux de la première demande) demeurent à la charge de la caution; car, si le débiteur avait été informé de l'existence des poursuites, il les aurait peut-être arrêtées en payant.

L'art. 2028 se termine par ces mots : « *Elle* [la caution] *a aussi* » *recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu* ». De sorte que la caution pourra obtenir, outre les intérêts des sommes qu'elle a déboursées pour le compte du débiteur, des dommages et intérêts supplémentaires *s'il y a lieu,* c'est-à-dire si la première indemnité (qui lui est allouée sous forme d'intérêts) ne suffit pas pour la dédommager. Exception remarquable à la règle de l'art. 1153 al. 1, que ce texte d'ailleurs nous avait laissé pressentir par ces mots : *sauf les règles particulières... au cautionnement.*

La loi, on le voit, a organisé le recours de la caution contre le débiteur, de manière qu'elle soit relevée complètement indemne des conséquences du cautionnement. C'est bien le moins ! La caution rend un service au débiteur ; la plus stricte équité exigeait qu'elle ne fût pas victime de son dévoûment. *Nemini officium suum debet esse damnosum.*

2. *Bénéfice de subrogation.*

971. « *La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits* » *qu'avait le créancier contre le débiteur* » (art. 2029). C'est une application pure et simple du principe général formulé par l'art. 1251-3°, qui établit la subrogation de plein droit « au profit de celui qui, étant » tenu... *pour d'autres* au paiement de la dette, avait intérêt de l'ac- » quitter ».

L'art. 2030 ne fait que consacrer une conséquence toute simple de ce principe : « *Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la* » *caution qui les a tous cautionnés, a, contre chacun d'eux, le recours pour la répé-* » *tition du total de ce qu'elle a payé* ».

On le voit, la caution qui a payé a deux actions à son choix pour obtenir son remboursement : l'action personnelle et l'action subrogatoire. Cette dernière sera ordinairement plus avantageuse ; car elle permet à la caution de profiter des diverses sûretés, telles que gage, hypothèque, attachées à la créance. Dans un cas cependant, l'action

personnelle pourra être préférable. La dette cautionnée n'était pas productive d'intérêts ; par l'action subrogatoire la caution ne pourrait pas réclamer les intérêts à dater du jour du paiement qu'elle a fait, tandis qu'elle le pourra par l'action personnelle (art. 2028).

972. Cas particuliers dans lesquels la caution qui a payé est privée de tous recours contre le débiteur. — « *La caution qui a payé une première » fois, n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, » lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait; sauf son action en répéti- » tion contre le créancier. — Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et » sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le » cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire décla- » rer la dette éteinte; sauf son action en répétition contre le créancier* (art. 2031).

3. *Des cas exceptionnels où la loi autorise la caution à se faire indemniser par anticipation.*

973. Certains événements peuvent se produire, qui inspirent à la caution la crainte légitime d'être obligée de payer la dette à l'échéance et de ne pouvoir à cette époque exercer qu'un recours illusoire contre le débiteur. La loi autorise alors la caution à agir immédiatement contre le débiteur, pour obtenir sa décharge ou des sûretés destinées à garantir l'efficacité de son recours ultérieur. Ces cas sont limitativement déterminés par l'art. 2032, ainsi conçu :

« *La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, » pour être par lui indemnisée,*

« 1° *Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement* » ;

La caution aura plus d'avantage, dans cette première hypothèse, à opposer le bénéfice de discussion, si elle n'y a pas renoncé, et, dans le cas contraire, à appeler le débiteur en garantie : ce qui lui permettra d'arrêter les poursuites du créancier en opposant à celui-ci l'exception dilatoire de l'art. 179 du code de procédure civile.

« 2° *Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture* » ;

On suppose que le créanier, pleinement rassuré par la garantie que le cautionnement lui procure, néglige de produire au passif de la faillite du débiteur. La loi permet alors à la caution de s'y présenter à sa place et d'obtenir la collocation qu'il aurait pu obtenir lui-même. La raison en est que la caution a ici la certitude d'être obligée de payer à l'échéance ; et, si elle était forcée d'attendre à cette époque pour exercer son recours, il serait probablement trop tard pour qu'elle pût utilement produire à la faillite. Voilà pourquoi la loi lui permet d'exercer un recours anticipé. — Il va sans dire que, si le créancier produit à la faillite, la caution n'a pas le droit de produire aussi de son côté. Autrement la même créance figurerait deux fois au passif de la faillite ; il y aurait double emploi.

« 3° *Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans » un certain temps* » ;

Ajoutez : et que ce temps est expiré.

« 4° *Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous » lequel elle avait été contractée* » ;

Si la caution attendait pour agir que le créancier l'eût poursuivie, son recours serait peut-être illusoire, le débiteur étant devenu insolvable.

« 5° *Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a pas de* » *terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une* » *tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps* » *déterminé* ».

Cette disposition, dont la rédaction est assez embarrassée, signifie que la caution peut exercer un recours anticipé au bout de dix ans, lorsque l'obligation principale est d'une durée tout à la fois indéfinie et *illimitée,* comme une rente perpétuelle, mais non lorsqu'elle est d'une durée *limitée* quoique indéfinie, comme l'obligation d'un tuteur, du débiteur d'une rente viagère, d'un mari pour la restitution de la dot de sa femme, d'un usufruitier. Dans ce cas, l'intention de la caution a dû être de s'engager pour tout le temps que durerait l'obligation, tandis qu'il est peu probable qu'elle ait eu la même pensée dans la première hypothèse.

SECTION III

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LES COFIDÉJUSSEURS

974. Le mot *fidéjusseur* est emprunté à la loi romaine. C'est la première et l'unique fois qu'il apparaît dans le code civil. Notre législateur redoute la cacophonie ; il a dit *cofidéjusseurs* pour éviter de dire *cocautions.*

Cette section contient un seul article, l'art. 2033 : « *Lorsque plusieurs* » *personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la* » *caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions,* » *chacune pour sa part et portion. — Mais ce recours n'a lieu que lors-* » *que la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent* ».

Dans les rapports des cautions entre elles, la dette se divise donc de plein droit, et c'est pourquoi celle qui a payé le tout peut agir contre chacune des autres pour sa part. Un motif d'équité a dicté cette disposition. Le paiement fait par l'une des cautions profite à toutes les autres ; il est juste que chacune en supporte sa part.

CHAPITRE III

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

975. Le cautionnement peut s'éteindre par voie de conséquence ou par voie principale.

1. *Extinction du cautionnement par voie de conséquence.*

976. L'accessoire ne peut subsister sans le principal. Toute cause qui éteint la dette principale éteindra donc du même coup le cautionnement; *sublato principali tollitur accessorium.* On dit alors que le cautionnement est éteint *par voie de conséquence,* ou *d'une manière indirecte.*

Il va de soi que la caution peut se prévaloir à l'égard du créancier de l'extinction de l'obligation principale, quelle qu'en soit la cause, paiement, novation, compensation, prescription... Elle peut aussi lui oppo-

ser la nullité de l'obligation principale : ainsi la caution poursuivie par le créancier pourra se dispenser de payer en prouvant que l'obligation principale est nulle pour cause d'erreur, dol ou violence. Cette règle souffre toutefois une exception : la caution ne peut pas opposer au créancier la nullité de l'obligation principale, lorsqu'elle a pour fondement l'incapacité du débiteur. La raison en est que le cautionnement a pour but de garantir le créancier, non moins contre les conséquences de l'incapacité que contre celles de l'insolvabilité du débiteur. Ainsi donc l'incapacité du débiteur engendre une exception purement personnelle à celui-ci; la caution ne peut pas l'invoquer. Mais elle peut opposer au créancier toutes autres exceptions, tirées, soit de la nullité de l'obligation principale et à plus forte raison de son inexistence, soit de l'extinction de cette obligation : ce sont là des exceptions réelles ou inhérentes à la dette, *rei cohærentes*. Nous venons d'analyser l'art. 2036, ainsi conçu : « *La caution peut opposer au créancier toutes » les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhé- » rentes à la dette; — Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont » purement personnelles au débiteur* ». Cpr. *supra*, n. 950.

Suivant quelques auteurs, les exceptions, fondées sur la nullité de l'obligation principale pour vice de consentement (erreur, dol, violence ou lésion), seraient, comme l'exception tirée de l'incapacité du débiteur, purement personnelles à celui-ci. On invoque principalement en faveur de cette solution l'art. 1208, où l'expression *exception purement personnelle* paraît bien prise dans ce sens. — Mais il n'y a nulle impossibilité à ce que la même expression ait un sens différent dans deux textes éloignés l'un de l'autre. L'interprétation que nous avons donnée paraît plus en harmonie avec l'esprit de la loi; en outre elle est confirmée par l'art. 2012 al. 2, et par les explications qu'a données au sujet de cet article le rapporteur du Tribunat.

La caution a le droit d'invoquer les exceptions inhérentes à la dette, de son propre chef, et non pas seulement du chef du débiteur. La renonciation que celui-ci aurait faite au bénéfice de l'exception ne pourrait donc pas être opposée à la caution.

977. L'art. 2038 règle une hypothèse particulière. Le débiteur a volontairement accepté en paiement (*datio in solutum*) une chose autre que celle qui lui était due : la dette est donc éteinte, et par conséquent la caution libérée; plus tard le créancier est évincé de la chose reçue en paiement. L'obligation de la caution revivra-t-elle? L'art. 2038 résout la question négativement : « *L'acceptation volontaire que le créan- » cier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette prin- » cipale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé* ». C'est une application particulière du principe consacré par l'art. 1281 al. 2 : « La » novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions ». La *datio in solutum* contient en effet une novation implicite; car, avant d'être réalisée, elle avait nécessairement été convenue. En d'autres termes, la *datio in solutum* n'est jamais que l'exécution d'une convention antérieure, précédât-elle d'un seul instant de raison, qui avait changé l'objet de la dette et par suite entraîné novation. Cette novation éteint la dette primitive, et avec elle le cautionnement qui y était attaché. Il importe peu que le créancier soit plus tard évincé de la chose qu'il a reçue en paiement; l'obligation de la caution ne revivra pas, parce qu'elle était éteinte définitivement : le créancier évincé n'a que l'action en garantie contre le débiteur.

2. *Extinction du cautionnement par voie principale.*

978. Le cautionnement s'éteint par voie principale, lorsqu'il s'éteint directement. Quelles sont les causes qui produisent ce résultat? L'art. 2034 répond : « *L'obligation qui résulte du cautionnement,* » *s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations* ».

Quelquefois la cause qui éteint directement le cautionnement éteint en même temps l'obligation principale; c'est ce qui arrive par exemple quand la caution paie : elle éteint du même coup sa propre obligation et celle du débiteur envers le créancier. D'autres fois, l'obligation du débiteur survit à celle de la caution, par exemple si le créancier fait remise à la caution (art. 1287).

L'art. 2035 contient une disposition spéciale pour le cas où le cautionnement s'éteint par voie de confusion, le débiteur ayant succédé à la caution ou réciproquement : « *La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa* » *caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du* » *créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution* ». C'est une application particulière du principe que la confusion n'éteint que les droits dont elle rend l'exercice impossible. Cpr. t. II, n. 1134.

979. Parmi les causes d'extinction du cautionnement par voie principale, il y en a une qui doit tout particulièrement attirer notre attention ; elle est établie par l'art. 2037 : « *La caution est déchargée, lorsque* » *la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne* » *peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* ». Ainsi je me porte caution d'une dette qui est déjà garantie par une bonne hypothèque; le créancier donne mainlevée de l'hypothèque, ou bien même (car une simple négligence nous paraît suffire) il laisse périmer son inscription, ce qui lui fait perdre son rang hypothécaire et avec lui la chance d'être colloqué en ordre utile (art. 2154). Je serai déchargé de mon cautionnement, parce que le créancier a, par son fait, rendu impossible ou illusoire la subrogation à mon profit dans son hypothèque, subrogation sur laquelle j'ai dû évidemment compter et en considération de laquelle j'ai consenti à me porter caution. Le créancier commet une faute en laissant périr des sûretés, qui, s'il les avait conservées, auraient assuré le remboursement de la caution. De là la déchéance dont la loi le frappe. Cpr. Cass., 23 juin 1886, Sir., 87. 1. 265, et 22 décembre 1886, Sir., 88. 1. 53.

C'est par voie d'exception que la caution se prévaut, le cas échéant, de la disposition de l'art. 2037. L'exception a conservé dans la doctrine le nom d'*exceptio cedendarum actionum,* qui avait sa raison d'être à une époque où la transmission des actions du créancier à la caution s'opérait par voie de cession. Aujourd'hui que la caution est subrogée de plein droit, il conviendrait mieux de dire *exception de subrogation.* Quel que soit le nom qu'on lui donne, c'est une exception *non adimpleti contractus.*

L'exception *cedendarum actionum* ne fait pas toujours obtenir à la caution une

décharge totale : elle n'est déchargée que dans la mesure de ce qu'elle perd par le fait du créancier. Ainsi je cautionne une dette de 20,000 fr. garantie par une hypothèque portant sur deux maisons valant 10,000 fr. chacune; le créancier renonce à son hypothèque sur l'une de ces maisons. Je ne serai déchargé que pour moitié, parce que le créancier a rendu par son fait la subrogation impossible à mon profit dans une hypothèque qui m'aurait assuré le remboursement de la dette pour la moitié.

D'un autre côté, le créancier peut, sans s'exposer à subir la déchéance établie par l'art. 2037, renoncer à des garanties qui ne lui ont été acquises que depuis le cautionnement; car la caution n'a pas pu, en s'engageant, compter sur ces garanties pour assurer son remboursement; l'esprit de la loi le dit à défaut de son texte. La question est controversée.

La caution solidaire peut invoquer le bénéfice de l'art. 2037 comme la caution simple. *Lex non distinguit.*

980. Le créancier a prorogé le terme que la convention accordait au débiteur principal; la caution peut-elle en prendre texte pour soutenir qu'elle est déchargée du cautionnement ? On aurait pu le penser, si la loi ne s'était pas expliquée; car la caution peut dire : « Le débiteur est solvable aujourd'hui, peut-être ne le sera-t-il plus à l'expiration du nouveau terme qui lui a été accordé; et, forcée alors de payer pour lui, je n'aurai, pour obtenir mon remboursement, qu'un recours illusoire; le créancier ne peut pas par sa volonté m'exposer à ce péril; par conséquent je suis déchargée ». L'art. 2039 condamne cette prétention : « *La simple prorogation de » terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, » qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement* ». Ainsi la caution n'est pas déchargée, mais elle peut agir contre le débiteur pour le forcer au paiement; de sorte qu'il dépend d'elle de rendre illusoire la concession du terme faite par le créancier. Pour en profiter, le débiteur n'aura qu'un moyen : c'est de prendre des arrangements avec la caution, par exemple en lui fournissant une hypothèque pour la garantie de son recours éventuel.

CHAPITRE IV

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE

1. *Dispositions communes à la caution légale et à la caution judiciaire.*

981. « *Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par » une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit rem- » plir les conditions prescrites par les articles* 2018 *et* 2019 » (art. 2040 al. 1). Nous connaissons déjà cette disposition (*supra* n. 955).

« *Celui qui ne peut pas trouver une caution, est reçu à donner à sa » place un gage en nantissement suffisant* « (art. 2041).

= *Un gage* EN *nantissement.* Le projet soumis au conseil d'Etat portait *un gage* OU *nantissement.* Les procès-verbaux des discussions auxquelles la loi a donné lieu ne nous font pas connaître le motif du changement que le texte a subi.

D'après un arrêt récent de la cour de cassation (7 août 1882, Sir.. 82. 1. 456), le gage, que l'art. 2041 autorise à substituer au cautionnement, peut lui-même être remplacé par une garantie équivalente, telle que le dépôt d'une somme d'argent suffisante ou une hypothèque. Cette solution est conforme à l'esprit de la loi, qui n'a pu vouloir qu'une chose, procurer une garantie suffisante à celui des intérêts

duquel elle se préoccupe, et elle ne viole pas son texte, le mot *gage* ayant quelquefois dans la langue juridique un sens très général ; ainsi on dit *gage immobilier, gage hypothécaire,* et il est arrivé à la loi elle-même de prendre au moins une fois ce mot dans un sens plus large encore (art. 2093).

L'opinion contraire compte de nombreux partisans. L'art. 2041, dit-on, en tant qu'il autorise le débiteur, qui doit une caution en vertu de la loi ou d'un jugement, à fournir une autre garantie à la place, déroge au droit commun, à la règle *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest;* il faut donc l'interpréter restrictivement ; par suite, la loi parlant d'un *gage,* c'est-à-dire dans le sens technique de ce mot, d'un nantissement mobilier (art. 2072), le débiteur ne pourra pas offrir une autre garantie à la place, fût-elle équivalente ou même supérieure.— Il y a à notre avis au fond de cette argumentation une étrange méprise. Sans doute nous sommes en présence d'une dérogation au droit commun ; mais en quoi consiste-t-elle? En ce qu'un débiteur se trouve obligé en vertu de la loi ou d'un jugement à fournir une garantie, caution ou gage, qu'il ne devrait pas d'après les termes du droit commun. Par conséquent l'interprétation restrictive, qui est de droit pour toutes les dispositions exceptionnelles, consistera à entendre la loi dans le sens le plus favorable pour le débiteur, dans le sens qui s'éloigne le moins du droit commun d'après lequel il ne doit aucune garantie : ce qui conduit à admettre toutes les sûretés équivalentes à celles que la loi indique.

Autre est le cas où le débiteur est tenu de fournir une caution en vertu d'une convention. Le créancier a le droit d'exiger l'exécution rigoureuse de la convention : une caution lui est due, il peut refuser toute autre garantie que le débiteur offrirait à la place. Inutilement le débiteur invoquerait-il l'art. 2041. Le créancier répondrait qu'écrit en vue du cautionnement légal ou judiciaire, ainsi que le prouve la place que ce texte occupe, il ne saurait être appliqué au cautionnement conventionnel.

2. *Dispositions spéciales à la caution judiciaire.*

982. Elles sont contenues dans les art. 2042 et 2043, que nous nous bornons à transcrire.

Art. 2042. *La caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal.*

Art. 2043. *Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire, ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution.*

Nous ne mentionnerons que pour mémoire la disposition de l'art. 2040 al. 2 : « *Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution* » *doit, en outre, être susceptible de contrainte par corps* ». Ce texte est implicitement abrogé par la loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

TITRE XV

Des transactions.

983. *Lato sensu,* le mot *transaction* se prend comme synonyme de *convention;* par exemple si l'on dit : « De mauvaises lois entravent le cours des transactions ». Cpr. C. co., art. 631. Dans le titre dont nous abordons

l'étude et dans le langage du législateur en général, le mot *transaction* a un sens beaucoup plus restreint et tout à fait spécial : il désigne une convention d'une nature particulière, qui est faite dans le but d'éteindre ou de prévenir un procès ; les parties achètent la paix au prix de sacrifices réciproques, persuadées qu'elles sont, et non sans raison, qu'*un mauvais accommodement vaut mieux qu'un bon procès.*

On le voit, par la transaction, les parties se font justice elles-mêmes. Il y a deux autres moyens de trancher une contestation : le *compromis,* ou convention par laquelle les parties confient le soin de résoudre le litige à des juges de leur choix appelés *arbitres,* et le recours aux tribunaux, seul possible quand les parties ne parviennent pas à s'entendre.

984. Définition. — « *La transaction est un contrat par lequel les » parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation » à naître* ». Ainsi s'exprime l'art. 2044 al. 1.

Il résulte très nettement de cette définition que la transaction suppose nécessairement l'existence d'un droit douteux, litigieux *hoc sensu,* c'est-à-dire d'un droit contesté ou susceptible de l'être. En l'absence de cette condition, le contrat ne sera peut-être pas nul : il pourra constituer suivant les circonstances une vente, une donation, un partage..., déguisés sous la forme d'une transaction ; mais ce ne sera pas une transaction, et par suite les règles particulières à ce contrat ne seront pas applicables.

D'ailleurs il suffit, à notre avis, que le droit soit douteux dans la pensée des parties qui transigent, alors même qu'il ne présenterait pas ce caractère aux yeux d'un homme désintéressé et compétent. En d'autres termes, la question de savoir si le droit qui fait l'objet de la transaction est ou non douteux, litigieux, doit être appréciée d'une manière toute subjective : le juge chargé de la résoudre ne devra pas se demander si le droit est douteux pour lui, pour un jurisconsulte, pour tout le monde, mais s'il l'était pour les parties au moment où elles ont transigé. C'était la solution admise en droit romain ; elle est conforme à l'esprit de notre loi, qui a voulu faire de la transaction un instrument de paix, et qui doit par conséquent en autoriser l'emploi même pour dissiper une ombre de contestation ; et elle n'est pas désavouée par le texte, qui nous représente la transaction comme prévenant une contestation née ou à naître, sans distinguer si elle est ou non fondée.

Un autre élément est nécessaire à l'existence de la transaction, et son absence dans la définition légale constitue une lacune grave signalée par tous les auteurs : il faut que les parties se fassent des *concessions* ou *sacrifices* réciproques. Autrement on ne pourrait plus distinguer la transaction de l'*acquiescement,* deux choses que le code civil ne confond pas cependant, ainsi que le prouve la comparaison des art. 464 et 467, ni du *désistement,* auquel le législateur n'aurait pas sans doute consacré un titre spécial dans le code de procédure civile (art. 402 et 403) s'il n'y avait vu qu'un cas particulier de la transaction, ni enfin de la *confirmation expresse,* dont la réglementation spéciale en ce qui concerne les formes auxquelles elle est soumise (art. 1338) prouve bien

que le législateur y a vu autre chose qu'une transaction. L'absence de ce caractère permettrait aussi de confondre la transaction avec la simple renonciation et la remise de la dette.

D'ailleurs il n'est pas nécessaire que les concessions des deux parties soient d'égale importance.

Précisant et complétant la définition de l'art. 2044, nous dirons donc : La transaction est un contrat par lequel les parties tranchent, à l'aide de sacrifices réciproques, une question qui leur paraît litigieuse.

985. Nature de la transaction. — La transaction est un contrat consensuel, synallagmatique et à titre onéreux.

a. — Nous disons d'abord que la transaction est un contrat consensuel. Par conséquent aucune forme particulière n'est requise pour son existence ou sa validité. L'art. 2044 al. 2, n'infirme en rien cette proposition, comme nous le verrons tout à l'heure.

b. — Le caractère synallagmatique de la transaction résulte de la réciprocité des concessions que se font les parties : chacune s'oblige soit à donner, soit à faire, soit à ne pas faire quelque chose (cpr. art. 1102). Le contrat étant synallagmatique, concluons-en que l'acte sous seing privé, qui serait dressé pour le constater, devrait satisfaire aux prescriptions de l'art. 1325 en ce qui concerne la formalité du double écrit, et que la condition résolutoire de l'art. 1184 y serait sous-entendue. Ce dernier point est toutefois contesté.

c. — Enfin la transaction est un contrat à titre onéreux, puisque chaque partie fait un sacrifice (art. 1106). Suivant la nature des sacrifices, le contrat sera commutatif ou aléatoire. Ainsi je suis en procès avec vous ; nous faisons une transaction, aux termes de laquelle j'abandonne ma prétention moyennant une rente viagère que vous vous obligez à me servir : le contrat est aléatoire. Il serait commutatif au contraire, si vous vous obligiez à me payer un capital.

d. — Ajoutons que la transaction est *déclarative* et non *translative*. Cpr. t. II, n. 1320, et *infra*, n. 997.

§ I. *Qui peut transiger.*

986. Aux termes de l'art. 2045 : « *Pour transiger, il faut avoir la* » *capacité de disposer des objets compris dans la transaction. — Le tuteur* » *ne peut transiger pour le mineur ou l'interdit que conformément à l'ar-* » *ticle* 467 *au titre* de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation ; » *et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de* » *tutelle, que conformément à l'article* 472 *au même titre. — Les com-* » *munes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autori-* » *sation expresse du Roi* ».

Ce texte confond ou paraît confondre deux choses qu'il importe de distinguer : la capacité de transiger et le pouvoir de transiger. Ce que l'article dit du tuteur transigeant au nom du mineur (1re partie de l'alinéa 2) est relatif au pouvoir de transiger ; le reste de l'article concerne la capacité de transiger.

Quelle différence y a-t-il donc entre la capacité de transiger et le

pouvoir de transiger ? La question de capacité s'élève au sujet de celui qui transige en son propre nom et pour son propre compte ; la question de pouvoir, au sujet de celui qui transige pour le compte d'autrui. Ainsi on demandera si la femme mariée est *capable* de transiger ; on demandera au contraire si le tuteur a le *pouvoir* de transiger.

Il importe beaucoup de distinguer si une transaction émane d'une personne incapable de transiger ou d'une personne sans pouvoir. La transaction qui émane d'un incapable, un mineur par exemple, existe tant qu'elle n'a pas été annulée ; l'incapable ne peut se soustraire à la nécessité de l'exécuter qu'en l'attaquant par l'action en nullité, et il dépend de lui de la rendre définitivement valable en la confirmant. Au contraire la transaction, émanée d'une personne sans pouvoir, n'existe pas par rapport au véritable intéressé, tant qu'il ne l'a pas ratifiée ; si on la lui oppose, il lui suffira de dire qu'elle est à son égard *res inter alios acta*.

1. *Pouvoir de transiger.*

987. Un mandataire conventionnel ne peut transiger qu'en vertu d'un pouvoir spécial (arg. art. 1988 al. 2).

Quant aux mandataires légaux, nous croyons qu'il faut leur appliquer ce que l'art. 1988 dit des mandataires conventionnels : un pouvoir spécial leur est nécessaire pour transiger, c'est-à-dire qu'il faut un texte leur accordant formellement ce pouvoir. Il existe, nous le savons, une disposition de ce genre relativement au tuteur : l'art. 2045 rappelle ici, un peu intempestivement peut-être, qu'il peut transiger pour le compte du mineur ou de l'interdit, mais seulement en observant les formalités prescrites par l'art. 467.

Les envoyés en possession provisoire peuvent-ils valablement transiger sur les droits de l'absent ? Nous ne le croyons pas. Aucun texte ne leur accorde ce droit, et l'art. 125 le leur refuse implicitement en les qualifiant de *dépositaires*. Cpr. t. I, n. 360. Nous en dirions autant du mari, qui puise dans ses conventions matrimoniales le droit d'administrer les biens de sa femme : en cette qualité il nous paraît n'avoir jamais le pouvoir de transiger.

Mêmes principes pour les mandataires judiciaires.

Ainsi les syndics d'une faillite peuvent transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse ; il existe en effet un texte qui les y autorise sous certaines conditions : c'est l'art. 487 du code de commerce. Mais nous ne reconnaîtrions pas le droit de transiger à l'administrateur provisoire, que le tribunal nomme, par application de l'art. 497, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur à une demande en interdiction, ni au mandataire nommé en vertu de l'art. 112 pour administrer provisoirement les biens d'un présumé absent.

2. *Capacité de transiger.*

988. Pour transiger, il faut être capable, non seulement de s'obliger, mais encore de disposer à titre onéreux du droit sur lequel on transige. C'est en ce sens que doit être entendue la règle formulée par l'art. 2045 al. 1, déjà cité : « Pour transiger, il faut avoir la capacité » de disposer des objets compris dans la transaction ». Quel en est le

motif? La transaction a toujours été considérée comme équivalant quant au résultat à une aliénation, *transigere est alienare*. Cela est vrai, même en ce qui concerne la partie à laquelle la transaction attribue le droit litigieux en totalité à la charge de payer à l'autre une somme d'argent ou d'effectuer toute autre prestation; car celui qui ne conserve son droit que moyennant un sacrifice, l'aliène en partie. La transaction est donc un acte de disposition, et il était tout simple dès lors qu'elle ne fût permise qu'à celui qui a la capacité de disposer.

La capacité de disposer à titre onéreux suffit. On a prétendu tout à fait sans fondement qu'il fallait en outre la capacité de disposer à titre gratuit. La transaction n'implique nullement une donation; telle n'est certes pas l'intention de celui qui transige : il achète la paix, et il la vend en même temps. Alors comment s'expliquerait-on que la capacité de disposer à titre gratuit fût requise ?

Il résulte de notre principe que le mineur non émancipé et l'interdit ne peuvent aucunement transiger (arg. art. 1124). Il en résulte aussi qu'une femme mariée ne peut pas sans autorisation transiger sur ses droits soit immobiliers, soit même mobiliers, sauf une exception que nous signalerons bientôt. L'art. 2045 al. 3, déjà cité, contient une disposition spéciale en ce qui concerne les communes et les établissements publics : « Les communes et établissements publics ne peuvent transi- » ger qu'avec l'autorisation expresse du Roi ». Nous renvoyons sur ce point au droit administratif, où se trouve le siège de la matière.

Ce sont là des incapacités générales de transiger : les personnes qui en sont atteintes ne peuvent en principe transiger sur quoi que ce soit ni avec qui que ce soit. Il y a aussi des incapacités relatives ou spéciales. L'alinéa 2 de l'art. 2045, déjà cité, nous en signale une; mais il l'associe à tort à une disposition relative à un ordre d'idées tout à fait différent, au défaut de pouvoir. « Le tuteur », dit ce texte, « ne peut » transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformé- » ment à l'article 472 au même titre ».

989. L'art. 2045 al. 1 nous dit en substance que, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer du droit litigieux auquel la transaction se réfère; mais il ne nous dit pas que cela soit suffisant. En d'autres termes, il résulte certainement de l'art. 2045 al. 1, que toute personne, qui ne peut disposer à titre onéreux des objets compris dans la transaction ne peut pas transiger; mais il n'en résulte pas nécessairement que toute personne qui a ce droit de disposition puisse transiger.

Ainsi le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire peut, sans l'assistance de son conseil, accomplir tous les actes qui concernent l'administration de ses biens; peut-il aussi transiger seul relativement à un acte d'administration ? Nous ne le pensons pas; car la transaction figure sur la liste des actes pour lesquels l'assistance du conseil est requise (art. 499 et 513), et les termes absolus de la loi paraissent ne comporter aucune distinction.

En ce qui concerne le mineur émancipé, nous avons enseigné (t. I, n. 1142), qu'il peut transiger seul sur les actes de pure administration et sur les objets dont il a la libre disposition. Un parti important dans la doctrine lui impose, même dans ces hypothèses, l'obligation de se soumettre aux formalités prescrites par l'art. 467.

Enfin, à l'égard de la femme séparée de biens, nous avons laissé pressentir

(*supra*, n. 186) que nous lui reconnaissons la capacité de transiger sur les actes qui concernent l'administration de ses biens, et en outre sur tous ses droits mobiliers sans distinction. Nous basons principalement cette solution sur l'art. 1449, qui lui accorde un droit de libre administration et l'autorise à *disposer* de son mobilier et à l'aliéner. A notre avis, le mot *disposer* fait précisément allusion à la faculté de transiger; autrement il serait difficile de lui trouver un sens, du moins si l'on admet, avec la majorité des auteurs, qu'il ne concerne pas la faculté de disposer à titre gratuit.

§ II. *Des droits sur lesquels on ne peut transiger.*

990. En nous disant que, pour transiger, il faut avoir la capacité de *disposer* du droit sur lequel on transige, l'art. 2045 nous dit implicitement qu'il faut que ce droit soit susceptible d'être l'objet d'un acte de disposition. Comme l'a fort exactement remarqué le tribun Gillet, la capacité de disposer présuppose nécessairement la disponibilité de l'objet.

De là il résulte que tous les droits qui sont hors du commerce ne sont pas susceptibles de transaction. — Ainsi on ne peut pas transiger sur les qualités constitutives de l'état des personnes, par exemple sur la nationalité, sur la filiation soit légitime, soit naturelle, sur une demande en interdiction (Cass., 13 novembre 1883, Sir., 84. 1. 328). Au contraire, on peut transiger sur les droits attachés à l'état, par exemple sur des droits d'hérédité. Ce principe est admis en doctrine et en jurisprudence; mais il est d'une application délicate, parce qu'il y a un lien étroit entre l'état et les droits qui s'y rattachent. — De même on ne peut pas transiger sur toutes les questions qui touchent à l'ordre public, ou autrement dit à l'intérêt général; ainsi les époux ne peuvent pas, pendant la durée du mariage, transiger sur leurs conventions matrimoniales.

Nous trouvons une nouvelle application du principe dans l'art. 2046 : « *On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. — La » transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public* ». Il résulte implicitement, mais très formellement, de ce texte qu'on ne peut pas transiger sur l'action publique résultant d'un délit. Le coupable ne peut transiger sur cette action, ni avec le particulier qui a été lésé par l'infraction, ni avec le ministère public lui-même, qui est institué pour exercer l'action publique au nom de la société et non pour en trafiquer; l'action publique est hors du commerce. Par exception à ce principe cependant, certaines administrations publiques, notamment celle des douanes, des contributions indirectes et des postes ont le droit de transiger sur l'action publique résultant des délits spéciaux dont la poursuite leur appartient.

§ III. *Preuve de la transaction.*

991. « *Ce contrat* », dit l'art. 2044 al. 2, « *doit être rédigé par écrit* ». Le législateur s'est proposé pour but unique, en édictant cette disposition, d'interdire la preuve de la transaction par témoins, même en matière n'excédant pas 150 fr., contrairement au droit commun (art. 1341), mais nullement d'ériger la transaction en un contrat solennel, dans lequel l'écriture serait requise comme une formalité substantielle. En d'autres termes, l'écriture est exigée ici seulement *ad probationem,* mais non *ad solemnitatem.* Nous n'en voulons pas d'autre preuve que la comparaison de notre texte avec l'art. 1341. On lit dans ce dernier : « Il doit être passé acte... de toutes choses excédant la somme ou valeur » de cent cinquante francs... ». Résulte-t-il de là que les conventions, auxquelles s'attache un intérêt supérieur à 150 fr., deviennent des contrats solennels, dans lesquels l'écriture serait exigée *ad formam negotii?* Nul ne l'a jamais soutenu. La disposition signifie seulement, de l'avis de tous, que la preuve testimoniale est interdite, toutes les fois que la convention représente un intérêt supérieur à 150 fr. Eh bien ! l'art. 2044 al. 2, qui est conçu dans les mêmes termes, ne doit pas avoir une autre portée ; il signifie donc seulement, nous le répétons, que la preuve par témoins, et par suite les présomptions (arg. art. 1353), ne pourront pas être admises pour établir l'existence d'une transaction, même en matière n'excédant pas 150 fr. Ce n'est pas sans doute que la loi, ici plus qu'ailleurs, se défie de la véracité des témoins ; mais elle se défie de leur mémoire, et peut-être aussi de leur intelligence. Les transactions contiennent souvent des clauses nombreuses et compliquées, même quand il s'agit d'un intérêt minime. Combien de fois ne serait-il pas arrivé que les témoignages auraient fourni les éléments d'une convention différente de celle que les parties ont voulu faire, les témoins ayant oublié une partie du contenu de la transaction et ayant compris le reste de travers ? Le législateur a sans doute pensé que le seul moyen d'éviter de semblables mécomptes était d'interdire complètement la preuve orale. Mais la transaction pourrait être prouvée par les autres modes de preuve du droit commun, c'est-à-dire par l'aveu et par le serment; et nous croyons, bien qu'on ait élevé des doutes sur ce point, qu'en vue de provoquer l'aveu de son adversaire, celle des parties qui affirme l'existence de la transaction pourrait avoir recours à l'interrogatoire sur faits et articles (arg. art. 324. C. pr.). Cpr. t. I, n. 636, et *infra,* n. 1040.

992. On s'accorde à reconnaître que la transaction pourrait être prouvée par témoins, même au-dessus de 150 fr., dans l'hypothèse prévue par l'art. 1348-4°, c'est-à-dire lorsque le titre qui constatait la transaction a été perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. Mais c'est une question beaucoup

plus délicate que celle de savoir si la transaction pourrait être prouvée par témoins, quand il en existe un commencement de preuve par écrit, conformément à l'art. 1347. La négative triomphe dans la doctrine. Jusqu'en 1864, la jurisprudence semblait partagée en deux camps à peu près égaux, lorsqu'à cette époque la cour de cassation, à laquelle la question était soumise pour la première fois, est venue faire pencher la balance dans le sens opposé à celui de la doctrine; depuis lors, la question s'est présentée deux fois encore devant la cour suprême, qui ne s'est pas déjugée. Nous faisons des vœux pour qu'elle persévère dans cette voie. Les motifs que la cour invoque nous paraissent péremptoires : « Attendu qu'aux termes de l'art. 2044 C. civ. la transaction doit être rédigée par écrit; que cette disposition déroge à l'art. 1341 du même code, en ce qu'elle exige qu'il soit passé acte de la transaction lors même que l'intérêt du contrat n'excède pas la valeur de 150 fr.; mais qu'elle n'apporte aucune modification à l'art. 1347, qui, statuant en vue des contrats en général, autorise la preuve testimoniale, quelle que soit l'importance de la convention, lorsque cette preuve peut s'étayer d'un commencement de preuve par écrit; que, pour soustraire la transaction à l'application de cette règle générale qui s'étend à tous les contrats, il faudrait une disposition expresse qui n'existe pas... » Nous nous bornons à reproduire purement et simplement, dans la crainte de les affaiblir, ces motifs, que nous empruntons au dernier arrêt de la cour (8 janvier 1879, Sir., 79. 1. 216). Ajoutons seulement un mot. L'art. 2085 est rédigé exactement dans les mêmes termes que l'art. 2044 al. 2 : « L'antichrèse », dit-il, « ne s'établit que par écrit »; or il est généralement admis que ce texte ne fait pas obstacle à ce que l'antichrèse soit prouvée par témoins, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; logiquement l'art. 2044 al. 2 doit avoir la même signification.

Qu'oppose-t-on, dans l'opinion généralement admise en doctrine, à ces raisons si solides ? « On n'a pas voulu que la transaction, destinée à terminer une contestation, pût devenir, quant à sa preuve, l'objet d'un nouveau procès, long et dispendieux, ni que le sort d'un pareil contrat, d'ordinaire assez compliqué, fût livré à l'incertitude des témoignages ». Voilà tout ce que disent MM. Aubry et Rau pour justifier leur doctrine, et d'autres qui partagent leur avis en disent moins encore. En somme, on se fonde sur l'esprit de la loi pour combattre l'argument que fournit son texte. — Nous nous bornerons à répondre que l'esprit de la loi est très douteux. On n'est pas d'accord sur le motif, qui a fait prohiber la preuve de la transaction par témoins même en matière n'excédant pas 150 fr.; on critique généralement celui qui a été indiqué par le tribun Albisson. L'argument de texte invoqué par la cour de cassation subsiste donc dans toute sa force. D'ailleurs, l'existence d'un commencement de preuve par écrit rend la preuve testimoniale beaucoup moins dangereuse et beaucoup moins incertaine dans ses résultats.

§ IV. *Effets des transactions.*

1. *Principe.*

993. Les parties qui transigent, nous l'avons déjà dit, jugent elles-mêmes le différend qui les divise; la transaction remplace, dans leur pensée, le jugement qui serait intervenu si elles n'avaient pu parvenir à s'entendre; il est donc assez naturel que la transaction produise un effet analogue au jugement, en ce sens qu'elle forme obstacle à tout examen judiciaire des questions qu'elle a tranchées. Etait-ce une raison pour établir en principe dans un texte de loi, comme le fait l'art. 2052 al. 1, que « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité*

» *de la chose jugée en dernier ressort* » (1). Nous ne le croyons pas. Les principes généraux formulés au titre *Des obligations* suffisaient (art. 1134). Il existe peut-être plus de différences que de ressemblances entre le jugement et la transaction; et l'assimilation que la loi établit ici ne peut être qu'une source d'embarras pour l'interprète, obligé de déterminer les limites qu'il faut nécessairement lui assigner.

Nous allons d'abord indiquer les conséquences que l'on peut raisonnablement déduire du principe général formulé par l'art. 2052 al. 1, et nous indiquerons ensuite celles qu'il ne faut pas déduire, ou autrement dit les différences qui séparent la transaction du jugement.

2. *Conséquences du principe.*

994. Nous en signalerons trois, qui sont généralement admises tant en jurisprudence qu'en doctrine.

995. Première conséquence. — La transaction éteint, ou étouffe dans son germe, la contestation qui lui a donné naissance. Si l'une des parties veut soulever ou renouveler cette contestation en intentant contre l'autre une action en justice, celle-ci pourra la faire repousser en opposant une exception tirée de la transaction, l'exception dite *litis per transactionem finitæ*. Cette exception est analogue à celle qu'engendre la chose jugée (*exceptio rei judicatæ*), et ses conditions sont les mêmes. Il faut donc, pour qu'elle puisse être opposée, que la nouvelle contestation ait le même objet que celle qui a été tranchée par la transaction, et qu'elle s'élève entre les mêmes parties procédant en la même qualité (arg. art. 1351).

a. — Il faut que la nouvelle contestation ait le même objet. Pour le cas où il pourrait y avoir doute sur ce point, la loi formule ici deux règles d'interprétation, qui ne sont guère que la reproduction de celles établies au titre *Des obligations* par les art. 1156 et 1163, et que nous considérons par conséquent comme à peu près inutiles; nous nous bornerons à les reproduire.

Art. 2048. *Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu.*

Art. 2049. *Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé.*

b. — Il faut que la nouvelle demande soit entre les mêmes parties agissant en la même qualité. C'est par application de ce principe que l'art. 2051 dispose : « *La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés, et ne peut être opposée par eux* ». Ainsi, de deux colégataires d'un même immeuble, l'un transige

(1) Cette disposition a été empruntée à un rescrit célèbre des empereurs Dioclétien et Maximien, qui forme la loi 20, C. J., *De transact.* On y lit : *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit...* Mais il est très probable que les empereurs entendaient ici beaucoup moins poser un principe général qu'établir une comparaison entre la chose jugée et la transaction, pour justifier la solution qu'ils donnaient sur l'espèce qui leur était soumise.

sur la validité du testament, qui est contestée par l'héritier ; la transaction ne pourra être invoquée ni par l'autre légataire ni contre lui.

Ce principe souffre cependant plusieurs exceptions. Ainsi la transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires peut être invoquée par les autres (arg. art. 1208, 1285 et 1365); mais elle ne peut pas leur être opposée. Cpr. t. II, n. 972. Ainsi encore la transaction faite avec le débiteur principal ne peut pas être opposée à la caution; mais elle peut être invoquée par elle.

L'art. 2050 ne fait que tirer une déduction de la proposition formulée par l'art. 2051, et par conséquent il aurait dû logiquement venir après : « *Si celui qui avait » transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable » du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, » lié par la transaction antérieure* ». Ainsi, en reprenant l'espèce proposée tout à l'heure, le colégataire qui a seul transigé devient héritier de l'autre ; il ne pourra pas invoquer la transaction pour la part de celui-ci dans le legs, et dans cette même mesure l'héritier ne pourra pas la lui opposer.

996. Deuxième conséquence. — Les parties contractantes sont tenues d'accomplir les prestations auxquelles elles se sont engagées par la transaction.

Souvent, pour mieux assurer l'exécution de la transaction, les parties y joignent une clause pénale : « *On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine » contre celui qui manquera de l'exécuter* », dit l'art. 2047. Encore un texte qui nous paraît complètement inutile ; il ne fait que consacrer une déduction des règles du droit commun, qui devrait à notre avis s'appliquer ici de tous points.

997. Troisième conséquence. — La transaction, comme le jugement auquel la loi l'assimile, ne fait que constater et reconnaître les droits des parties ; elle ne les crée pas. En d'autres termes, la transaction est simplement *déclarative* ou *récognitive,* et non *translative* des droits faisant l'objet du différend au sujet duquel elle est intervenue. Ces droits sont censés avoir toujours appartenu à celui au profit duquel la transaction les consacre : on ne doit pas le considérer comme les ayant acquis, même pour partie de son adversaire.

Ce principe est fertile en déductions. Indiquons les principales :

1° La transaction ne constitue pas par elle-même un juste titre, propre à servir de base à la prescription de dix à vingt ans (art. 2265).

2° Elle n'est pas soumise à la transcription, lorsque le différend qu'elle a eu pour objet était relatif à un immeuble. Arg. art. 1 de la loi du 23 mars 1855.

3° La transaction ne fait pas naître l'obligation de garantie relativement aux droits litigieux dont elle consacre l'existence. Ainsi vous êtes évincé de l'immeuble litigieux, dont je vous ai reconnu seul propriétaire par une transaction ; vous n'aurez pas l'action en garantie contre moi, pas plus que vous ne l'auriez si l'immeuble vous avait été attribué par un jugement.

4° Elle donne lieu à la perception d'un droit *fixe,* et non à la perception d'un droit *proportionnel* de mutation.

998. Cette dernière conséquence est expressément formulée par l'art. 68 § 1 n. 45 de la loi du 22 frimaire de l'an VII, et ce texte, à notre avis, suffit lui seul à démontrer que la transaction a dans notre droit le caractère déclaratif, et non le caractère translatif. On sait quel est le système fiscal adopté par la loi de l'an VII : elle n'exempte du droit proportionnel que les actes qui ne libèrent, n'obligent ni ne transmettent (art. 3 et 4); donc elle reconnaît implicitement que la transaction n'est pas translative, en la soumettant au droit fixe. Il ne faut pas objecter qu'il serait possible que la loi fiscale eût reconnu le caractère déclaratif à la transaction, et que la loi civile lui reconnût le caractère translatif; la loi de l'an VII en effet ne qualifie pas les actes, elle se borne à les tarifer, et elle les tarife suivant le caractère qui leur appartient d'après la loi civile.

La question de savoir si la transaction est déclarative ou translative fut l'objet de longues controverses dans notre ancien droit. Mais déjà, du temps de Pothier, la question n'était plus discutée ; on s'accordait à reconnaître à la transaction le caractère déclaratif. Que nos anciens jurisconsultes aient été conduits à ce résultat autant, et plus peut-être, par le désir de soustraire la transaction à d'intolérables exigences fiscales, que par l'appréciation du véritable caractère de ce contrat, nous ne le contesterons pas. Dumoulin ne formulait pas une proposition à l'abri de toute critique lorsqu'il disait : « *Et clarum est quod nullum dominium transfertur, nec no-* » *vum jus nec novus titulus in re acquiritur, sed sola liberatio controversiæ* ». En effet, en analysant avec soin la transaction, on trouverait peut-être bien qu'elle contient dans l'intention des parties une véritable transmission, au moins éventuelle, de droits. Un immeuble est litigieux entre nous ; survient une transaction, aux termes de laquelle je consens à vous en reconnaître propriétaire exclusif, à la condition que vous me paierez une somme d'argent. A quoi se réduit cette convention? Comme le dit fort bien M. Accarias, dans sa remarquable étude sur la transaction (n. 141), elle équivaut à ceci : « Vous me donnerez une somme d'argent, et je ne contesterai plus votre prétention, bonne ou mauvaise. Il y a mieux : ma propre prétention, aussi incertaine que la vôtre, je vous la transfère. Donc vous aurez désormais sur la chose tout ensemble les droits que vous invoquiez et ceux que j'invoquais moi-même ». Il s'ensuit notamment que, dans un débat avec un tiers, celui qui a été reconnu propriétaire de l'immeuble par la transaction pourra s'aider au besoin des titres de son adversaire : ce qui est non moins conforme à la justice qu'à l'intention des parties, et ce qu'il paraîtrait cependant impossible d'admettre si on ne reconnaît pas à la transaction un caractère translatif. Aussi Pothier semble bien admettre que c'est en vertu d'une fiction que la transaction est simplement déclarative. « Par la transaction, dit-il, la partie à laquelle l'héritage a été délaissé est *censée* avoir acquis plutôt le désistement du procès qu'on lui faisait sur cet héritage que cet héritage même ». Mais enfin, fiction ou réalité, le principe était admis sans conteste à l'époque de la rédaction du code civil, et tout porte à croire que notre législateur a entendu le consacrer. — On objecte qu'une fiction ne peut pas être admise sans un texte. — Nous en avons au moins deux : l'art. 2052 qui assimile la transaction au jugement, et l'article précité de la loi de l'an VII. Ces dispositions législatives, il est vrai, ne formulent pas le principe expressément, comme le fait l'art. 883 pour le partage; mais ils le consacrent implicitement, et cela suffit. Cpr. Cass., 3 janvier 1883, Sir., 83. 1. 349.

999. Bien entendu, la transaction n'a le caractère déclaratif qu'en ce qui concerne les droits litigieux au sujet desquels elle est intervenue ; elle aurait certainement le caractère translatif quant aux objets étrangers à la contestation, que l'une des parties s'obligerait à donner à l'autre : ce qui entraîne toute une série de conséquences inverses de celles que nous venons de développer. Ainsi un immeuble est

litigieux entre nous; survient une transaction, aux termes de laquelle je renonce à votre profit aux prétentions que je puis avoir sur l'immeuble, à la condition que vous me donnerez votre maison. En ce qui concerne l'immeuble litigieux, qui vous est attribué, la transaction est déclarative; mais elle est translative par rapport à la maison dont vous me rendez propriétaire; elle constituera donc pour moi un titre susceptible de servir de base à la prescription de 10 à 20 ans, soumis à la transcription, donnant lieu à la garantie à mon profit au cas d'éviction, et enfin passible du droit proportionnel de mutation.

Tels sont à notre avis les vrais principes. L'administration de l'enregistrement ne les accepte pas, ou du moins elle ne les accepte qu'en partie. Ses prétentions, si elles étaient fondées, auraient pour résultat de réduire l'art. 66 § 1 nº 45 de la loi de l'an VII à une lettre morte. Nous ne faisons qu'indiquer ce côté de la question, qui est étranger au droit civil.

3. *Différences entre les transactions et les jugements.*

1000. Nous en signalerons deux. On en trouverait un beaucoup plus grand nombre, si on parlait de celles qui existent au point de vue des causes qui permettent d'attaquer soit les transactions, soit les jugements et des voies à employer pour faire annuler ou réformer les unes ou les autres.

Première différence. Les jugements qui statuent sur plusieurs points litigieux, peuvent être réformés sur quelques-uns de ces points seulement et maintenus pour le surplus. Au contraire, les transactions doivent, en général, et sauf le cas où les parties auraient manifesté une volonté contraire, être considérées comme formant un tout indivisible, de sorte qu'elles doivent être ou annulées pour le tout ou maintenues pour le tout (arg. art. 2055). Cass., 2 juillet 1888, Sir., 88. 1. 421.

Seconde différence. Les transactions n'emportent pas, comme les jugements, l'hypothèque judiciaire. Cette règle souffre cependant exception pour les transactions qui empruntent la forme du jugement, c'est-à-dire pour celles qui ont eu lieu en la forme de jugement d'expédient ou jugement convenu.

§ V. *De la nullité des transactions.*

1001. Cette matière est d'une extrême difficulté. La faute en est surtout au législateur, qui semble avoir cherché à envelopper sa pensée d'une obscurité profonde. Nous arriverons à cette conclusion, que la nullité des transactions est en définitive régie par les règles du droit commun, sauf une exception concernant l'erreur de droit, qui n'est jamais admise comme cause de nullité des transactions, tandis qu'elle peut l'être dans les conventions en général.

Constatons d'abord que le code ne s'occupe ici que des transactions *nulles, annulables* ou *rescindables* (termes synonymes) et non des transactions *inexistantes*. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire avec attention les textes relatifs à la matière.

Les art. 2053 et 2054 ne parlent que de *rescision,* expression qui ne peut donner lieu à aucune équivoque. Le mot *nullité,* dont le sens est moins nettement déterminé, se rencontre, il est vrai, dans les art. 2055 à 2057. Mais il est certainement pris comme synonyme de *rescision* dans l'art. 2057, où le législateur a commencé par employer cette dernière expression et ne parle ensuite de *nullité* que pour ne pas se répéter, et il devient dès lors très probable, pour ne pas dire certain, que l'expression a le même sens dans l'article qui précède (art. 2056). Il reste donc l'art. 2055, dans lequel les mots *la transaction... est entièrement nulle* pourraient faire croire qu'il s'agit d'une nullité absolue, si les travaux préparatoires ne nous apprenaient que ce texte ne fait que déduire une conséquence du principe de l'indivisibilité des transactions, et signifie tout simplement que, dans l'hypothèse prévue, la transaction doit être annulée dans toutes ses parties. Nous reviendrons sur ce point.

1002. Avant de nous indiquer les cas dans lesquels les transactions sont rescindables ou annulables, le législateur commence par nous en signaler deux où elles ne le sont pas. « *Elles* [les transactions] *ne peuvent être attaquées pour cause d'er-* » *reur de droit, ni pour cause de lésion* » (art. 2052 al. 2).

En tant qu'il déclare les transactions non rescindables pour cause de lésion, ce texte ne fait que leur appliquer le droit commun (v. art. 1118). Il y déroge au contraire, lorsqu'il déclare que les transactions ne peuvent être attaquées pour erreur de droit; car dans les autres conventions l'erreur de droit peut être une cause de nullité ou rescision, aussi bien que l'erreur de fait. Le motif de cette exception, s'il y en a un, est que dans la pratique on ne transige guère sur une contestation sans s'être éclairé préalablement auprès d'hommes compétents sur les divers points de droit qu'elle pouvait soulever. Une erreur de droit est donc peu probable; la loi présume qu'il n'en a point été commis, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire.

1003. Quelles sont donc les causes de nullité ou rescision des transactions? L'art. 2053 en donne l'énumération : « *Néanmoins une transaction peut être rescin-* » *dée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. — Elle* » *peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence* ».

Ainsi les causes de nullité ou rescision des transactions sont les mêmes que celles des contrats en général : erreur, dol et violence.

En ce qui regarde le dol et la violence, nous n'avons rien de particulier à dire. En se bornant à signaler ces deux causes de nullité ou rescision, sans entrer dans aucun détail, la loi nous montre suffisamment qu'elle entend les laisser soumises de tous points aux règles du droit commun.

En est-il de même en ce qui concerne l'erreur? A première vue, la négative semble résulter des textes relatifs à cette matière (art. 2054 à 2057) : à quoi serviraient-ils, s'ils ne faisaient que consacrer le droit commun? C'est pourtant bien là notre conclusion, et nous allons essayer de la justifier. A notre avis les art. 2054 à 2057 adoptent comme base de leurs décisions les principes généraux relatifs à la nullité résultant de l'erreur, et ils se bornent à en consacrer, sauf quelques modifications de détail, plusieurs applications qui auraient pu soulever des doutes.

Dans les transactions comme dans les autres contrats, l'erreur qui vicie le consentement de l'une des parties d'une manière assez profonde pour ouvrir à son profit une action en nullité, peut être une erreur sur la personne ou une erreur sur l'objet de la contestation.

a. — Erreur sur la personne. La loi n'entre dans aucun détail; elle se borne à dire que la transaction *peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne,* et par conséquent la conclusion que nous avons annoncée se justifie d'elle-même pour cette hypothèse. Que faire en effet, dans le silence de la loi, sinon appliquer le droit com-

mun ? L'erreur ne sera donc une cause de nullité ou rescision qu'autant qu'elle sera *substantielle,* qu'autant, comme le dit l'art. 1110, *que la considération de la personne était la cause principale de la convention :* ce qui sera certainement très rare, la transaction étant l'un des contrats où l'on se préoccupe le moins de la personne avec qui l'on traite, vu qu'elle est généralement inspirée par la haine des procès ou par la crainte du droit de l'adversaire, beaucoup plus que par l'affection qu'on porte à celui-ci ou par le respect ou la reconnaissance qu'on croit lui devoir.

b. — Erreur sur l'objet. Il ne s'agit pas de l'erreur qui tombe *in ipso corpore rei,* comme si j'ai entendu transiger sur l'immeuble A et vous sur l'immeuble B, ou si, s'agissant du même immeuble, j'ai entendu transiger sur le possessoire et vous sur le pétitoire : en pareil cas, la transaction serait inexistante, et le législateur ne s'occupe ici, nous l'avons déjà dit, que des cas où elle est seulement annulable ou rescindable. Le cas prévu est celui où l'erreur porte sur les qualités substantielles, ou, comme le dit l'art. 1110, sur la substance de l'objet. Les parties ont bien entendu transiger sur le même différend ; mais l'une d'elles ignorait une circonstance décisive, qui rendait son droit absolument certain et dont la connaissance l'aurait certainement empêchée de transiger, parce qu'on ne transige que sur un droit que l'on considère comme plus ou moins douteux. C'est là une erreur substantielle qui autorisera la rescision de la transaction. Les art. 2054 à 2057 ne font à notre avis que consacrer quatre applications de ce principe; elles auraient pu paraître délicates, et c'est sans doute le motif pour lequel le législateur a cru devoir s'expliquer.

1004. Première application. « *Il y a également lieu à l'action en rescision con-* » *tre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins* » *que les parties n'aient expressément traité sur la nullité* ».

Constatons d'abord que par *titre* la loi entend très certainement ici le fait juridique, *negotium juridicum,* qui sert de base au droit contesté. Quant au mot *nul,* nous le prenons comme désignant d'une manière générale tous les cas où le titre se trouve être sans valeur par quelque cause que ce soit.

Cela posé, la cause de rescision que notre texte établit ne peut être rattachée qu'à l'erreur. La transaction est rescindable, non pas à cause de la nullité du titre qui lui sert de base, mais à raison de l'erreur des parties ou de l'une d'elles sur l'existence de cette nullité. La preuve en est que la transaction est valable, si les parties ont expressément traité sur la nullité du titre : ce qui démontre bien que cette nullité ne forme pas par elle-même et par elle seule un obstacle absolu à la validité de la transaction. Il ne suffit donc pas à la partie, qui demande la rescision de la transaction par application de l'art. 2054, d'établir que le titre, en exécution duquel la transaction a été faite, est nul; il faut qu'elle affirme en même temps avoir ignoré cette nullité.

Maintenant l'erreur sur la nullité du titre peut être une erreur de droit ou une erreur de fait.

Si c'est une erreur de droit, la demande en rescision devra être rejetée. De tous les moyens qui ont été proposés pour concilier l'art. 2054 avec l'art. 2052 al. 2, celui-là nous paraît seul proposable. Ainsi la transaction a été faite en exécution d'un testament olographe non daté; l'héritier avoue qu'il a eu connaissance du titre, mais il prétend avoir ignoré qu'un testament olographe non daté fût nul, et il demande la nullité de la transaction sur le fondement de cette erreur : l'art. 2052 al. 2, ne permettra pas de l'écouter.

Il faut donc supposer (c'est le seul cas auquel puisse s'appliquer l'art. 2054) que la partie qui attaque la transaction allègue une erreur de fait : par exemple elle prétend avoir transigé sans avoir vu le testament, ou ignorant qu'il était révoqué par un testament postérieur. Le demandeur en nullité devra-t-il prouver son erreur, en

supposant qu'il y ait contestation sur ce point? Il le devrait, d'après le droit commun (art. 1315); car c'est là un élément indispensable au succès de sa demande. Mais on conçoit que cette preuve aurait présenté d'extrêmes difficultés; aussi la loi le dispense-t-elle de la fournir; elle se contente de son affirmation qu'elle tient pour vraie. Inutilement le défendeur offrirait-il de prouver par les preuves les plus convaincantes que son adversaire connaissait la nullité du titre; la loi repousse cette preuve; elle autorise en effet l'action en nullité fondée sur une erreur de fait, *à moins que les parties n'aient expressément transigé sur la nullité.* Le demandeur peut donc dire à son adversaire : « Il ne suffit pas que vous prouviez que j'ai traité connaissant la nullité du titre; il faut, pour faire rejeter ma demande, que vous démontriez que nous avons expressément traité sur la nullité. A défaut de cette preuve, la loi croit mon affirmation; elle la présume sincère, et c'est là une de ces présomptions dont parle l'art. 1352, qui n'admettent pas la preuve contraire, ou du moins qui n'en admettent pas d'autre (outre celle que la loi aurait réservée) que l'aveu exprès de la partie ou son aveu tacite résultant de son refus de prêter serment ». Cpr. t. II, n. 1283.

Tel est, à notre avis, le sens de l'art. 2054. Pour exprimer clairement ce qu'on a voulu lui faire dire, il aurait dû être rédigé de la manière suivante : « Il y a lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsque par suite d'une erreur de fait elle a été conclue en exécution d'un titre nul. L'erreur de fait se présume au profit du demandeur qui l'allègue, sauf la preuve contraire résultant soit des termes mêmes de la transaction, soit de l'aveu du demandeur, soit de son refus de prêter serment ».

1005. Deuxième application. « *La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses, est entièrement nulle* » (art. 2055).

Voici l'espèce prévue et réglée par ce texte. J'ai une difficulté avec vous, et nous sommes sur le point d'entrer en procès; à l'appui de votre prétention, vous invoquez contre moi des *pièces* (actes écrits, authentiques ou sous seing privé) qui sont fausses en réalité, mais que par une erreur de fait je crois sincères; sur le vu de ces pièces je transige avec vous; puis plus tard la fausseté des pièces est établie. Je pourrai demander la nullité de la transaction. En effet, si j'avais su que les pièces étaient fausses, je n'aurais certainement pas transigé, ou j'aurais transigé dans des conditions toutes différentes; mon consentement a donc été vicié par une erreur substantielle, qui m'autorise à demander la nullité.

Il n'y aurait plus d'erreur, et par suite je ne pourrais plus attaquer la transaction, si la fausseté des pièces m'était connue au moment où j'ai transigé. C'est ce qui résulte très formellement du mot *depuis,* qui a été inséré après coup dans notre article, sur la demande du conseiller d'Etat Jollivet. Dans cette hypothèse, j'ai transigé en connaissance de cause; et après tout la transaction peut avoir une base, car la fausseté des pièces n'implique pas nécessairement l'inexistence du droit auquel elles se réfèrent; le droit peut exister indépendamment des pièces, et c'est sur ce droit, abstraction faite des pièces, que j'ai entendu transiger.

Dans l'espèce que nous venons de proposer pour expliquer l'art. 2055, nous avons supposé qu'une seule partie était dans l'erreur relativement à la fausseté des pièces. Il peut arriver que l'erreur soit commune aux deux parties, et alors elle pourra engendrer une double action en nullité, en supposant que la pièce fausse ait été pour chaque partie le motif déterminant de la transaction.

Le juge, qui annule une transaction pour la cause qui nous occupe, doit l'annuler dans toutes ses parties, et non pas seulement, comme on le décidait en droit romain et dans notre ancien droit français, sur les chefs qui ont été directement déterminés par les pièces fausses. C'est la pensée qu'ont entendu exprimer les rédacteurs du

code (les travaux préparatoires en font foi) par ces mots *la transaction est entièrement nulle,* qui ne signifient pas, comme on pourrait le penser au premier abord, que la transaction est inexistante. Le législateur a voulu consacrer une conséquence du principe de l'indivisibilité des transactions, principe qu'il ne formule nulle part en termes absolus, mais qu'il semble sous-entendre ici. En effet tout se tient dans une transaction; les différentes clauses qu'elle renferme sont solidaires les unes des autres, et il sera la plupart du temps conforme à l'intention des contractants d'anéantir la transaction tout entière, du moment qu'il n'est pas possible de la laisser subsister dans toutes ses parties.

1006. Troisième application. « *La transaction sur un procès terminé par un » jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient » point connaissance, est nulle. — Si le jugement ignoré des parties était susceptible » d'appel, la transaction serait valable* » (art. 2056). Ainsi j'ai une contestation avec vous; nous plaidons, et je triomphe; la décision judiciaire qui me donne gain de cause a, nous le supposons, l'autorité définitive de la chose jugée, c'est-à-dire qu'elle est en dernier ressort, ou, si elle a été rendue par un tribunal jugeant en premier ressort, elle n'est plus susceptible aujourd'hui d'être attaquée par les voies ordinaires de recours : la loi comprend l'une et l'autre hypothèse dans la formule : *un jugement passé en force de chose jugée.* Cette décision judiciaire, qui tranche définitivement notre différend, fait-elle obstacle à une transaction? Non; car je puis estimer en conscience que le jugement a été trop favorable à ma cause, et me croire par suite obligé moralement de sacrifier une partie des avantages qu'il consacre à mon profit. Je puis donc valablement transiger *en connaissance de cause* sur un différend qu'une sentence judiciaire a tranché définitivement en ma faveur.

Ce n'est pas l'hypothèse prévue par notre article, qui suppose que le jugement, tranchant définitivement le litige, était ignoré, au moment de la transaction, des parties ou de l'une d'elles. Pour y arriver, modifions un peu l'espèce précédente : supposons qu'après avoir gagné mon procès je vienne à mourir, et que mon héritier, ignorant la sentence judiciaire que j'ai obtenue, transige avec vous. Il pourra faire rescinder la transaction. Certes il n'aurait pas transigé, s'il avait connu, comme le dit Berlier, « le titre irréfragable qui rendait sa condition meilleure ». Il y a ici chez l'une des parties une erreur substantielle qui l'autorise à demander la rescision.

L'erreur n'est plus considérée comme substantielle, et ne peut plus par suite servir de fondement à une demande en nullité de la transaction, si le jugement ignoré de la partie gagnante était encore, au moment du contrat, susceptible d'être attaqué par une voie ordinaire de recours. Il restait encore un doute sur l'issue définitive du litige, car le jugement pouvait être réformé sur l'opposition ou sur l'appel, et peut-être la connaissance de ce jugement n'eût-elle pas empêché la transaction. Mais l'éventualité d'une voie extraordinaire de recours (pourvoi en cassation, requête civile) n'empêcherait pas l'application de l'art. 2056, parce qu'elle ne fait pas peser sur l'issue définitive du litige la même incertitude que l'éventualité d'une voie ordinaire.

Pour nous résumer, nous dirons : L'ignorance d'un jugement, qui n'était plus susceptible d'être attaqué par une voie ordinaire de recours, autorise la partie gagnante à faire rescinder la transaction relative au litige que ce jugement a tranché. Nous aurions préféré cette rédaction à celle de l'art. 2056.

1007. Quatrième application. « *Lorsque les parties ont transigé généralement » sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient » alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une » cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des par-*

» *ties; — Mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il* » *serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait* » *aucun droit* » (art. 2057).

La loi suppose que, postérieurement à la transaction, l'on découvre des titres, *instrumenta,* desquels il résulte que l'une des parties n'avait aucun droit; la question posée est celle de savoir si l'autre partie pourra faire rescinder la transaction. La loi répond en substance : La transaction pourra être rescindée dans tous les cas, si les titres découverts ont été retenus par le fait de la partie qu'ils condamnaient. Cette hypothèse écartée, il faut distinguer. La découverte des titres sera une cause de rescision pour la partie dont ils confirmaient les prétentions, s'il s'agit d'une transaction spéciale, c'est-à-dire d'une transaction se référant spécialement à la question que résolvent les titres découverts; il est clair en effet que, dans cette hypothèse, le consentement de la partie n'est que le résultat de son erreur. Mais il n'y aura pas lieu à la rescision, si les parties ont transigé sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, ou même seulement, à notre avis, sur une série d'affaires; car il n'est pas démontré dans ce cas que la connaissance du titre découvert aurait empêché la transaction.

1008. Les dispositions de la loi, relatives à la nullité des transactions, se terminent par l'art. 2058, que nous nous bornons à reproduire : « *L'erreur de calcul* » *dans une transaction doit être réparée* ».

1009. Conclusion. — Telle est la transaction d'après le code civil. — Récapitulons.

Une définition inexacte, donnée par l'art. 2044. — Une assimilation périlleuse, établie par l'art. 2052 al. 1, entre la transaction et la chose jugée, avec quelques conséquences du principe, qui, par un vice de méthode éclatant, ont été formulées avant le principe lui-même dans les art. 2050 et 2051; le tout inutile en présence de l'art. 1134. — Deux règles d'interprétation, contenues dans les art. 2048 et 2049 et dont on pouvait facilement se passer en présence des art. 1156 et 1163. — Quelques applications du droit commun ou des renvois à des dispositions déjà connues, dans les art. 2045 à 2047. — Cinq articles d'une obscurité compacte (art. 2053 à 2057) sur la nullité des transactions, dans lesquels l'interprète parvient après de prodigieux efforts à ne trouver qu'une application du droit commun.

Bagage inutile et même encombrant, jusqu'ici!

Que reste-t-il? — Une règle spéciale, dont le mérite est fort contestable, à notre avis, sur la preuve des transactions : proscription de la preuve testimoniale, même au-dessous de 150 fr. (art. 2044 al. 2). — Une disposition relative aux transactions intéressant les communes et les établissements publics (art. 2045 al. 3) qui semblerait mieux placée ailleurs que dans le code civil, si tant est qu'elle mérite de trouver place quelque part. — Enfin, une règle spéciale en matière de nullité, celle qui ne permet pas d'attaquer la transaction pour erreur de droit (art. 2052 al. 2), règle dont le fondement n'apparaît pas bien clairement.

Etait-ce bien la peine, pour arriver à d'aussi maigres résultats, de nous doter d'un titre sur les transactions? Pothier avait promis sur la matière un traité spécial, qu'il n'a pas eu le temps d'écrire. Suivant fidèlement ce précieux guide jusque dans ses omissions, les rédacteurs du code civil avaient d'abord passé la transaction sous silence; c'est aux réclamations de plusieurs tribunaux d'appel que nous devons le titre dont nous venons de fournir l'explication. Nous regrettons que le législateur n'ait pas suivi sa première inspiration. A notre avis, les transactions eussent été réglées dans notre droit d'une manière moins imparfaite, si elles fussent demeurées soumises de tous points aux règles du droit commun. Nous ne voulons pas dire qu'il n'y eût rien à faire sur cette matière; mais il fallait faire autre chose.

TITRE XVI

De la contrainte par corps en matière civile.

1010. La contrainte par corps est une voie d'exécution contre la personne du débiteur; elle consiste à le faire emprisonner, dans le but de le forcer indirectement à user des ressources cachées qu'il peut avoir, pour payer sa dette. C'est, comme on l'a fort bien dit, une épreuve de solvabilité contre les débiteurs de mauvaise foi. Il va de soi qu'elle ne peut avoir lieu que dans les cas autorisés par la loi (art. 2063).

Il serait intéressant de retracer les fortunes diverses de la contrainte par corps dans notre droit. Mais cette étude présenterait peu d'utilité au point de vue pratique, et nous ne l'entreprendrons pas. Bornons-nous à dire que le titre du code civil, qui réglementait cette matière (titre XVI), se trouve aujourd'hui en grande partie abrogé par la loi du 22 juillet 1867, intitulée *Loi relative à la contrainte par corps,* dont l'art. 1 porte : « La contrainte par corps est supprimée en matière » commerciale, civile et contre les étrangers ». A la faveur de cette disposition, un débiteur de mauvaise foi peut désormais vivre dans l'opulence sans payer ses dettes, sous la seule condition de se loger dans un appartement garni et de placer toute sa fortune en valeurs au porteur, qu'il lui sera facile de cacher, ou même en rentes sur l'Etat, qu'il pourra montrer au grand jour sans avoir à redouter l'action de ses créanciers parce qu'elles sont insaisissables. Il s'en faut de beaucoup malheureusement que ce soit là une pure hypothèse.

D'après l'art. 2 de la loi, la contrainte par corps « est maintenue en » matière criminelle, correctionnelle et de simple police ». Elle est de droit pour toutes les condamnations pécuniaires prononcées par les tribunaux de justice répressive, c'est-à-dire pour les condamnations : 1° aux amendes; 2° aux restitutions et aux dommages et intérêts soit au profit de l'Etat, soit au profit d'un particulier (art. 3 et 4 de la loi); et enfin 3° aux frais (loi du 19 décembre 1871).

1011. On sait que l'action civile résultant d'une infraction peut être exercée par voie principale devant les tribunaux civils. En supposant que la partie lésée prenne cette voie, la contrainte par corps s'attachera-t-elle à la condamnation qu'elle obtiendra ? Oui, si l'existence de l'infraction a été reconnue, constatée par un tribunal criminel ; non, dans le cas contraire. Cette distinction très rationnelle est consacrée par l'art. 5 de la loi.

1012. La contrainte par corps est une voie d'exécution essentielle-

ment personnelle. Concluons-en, d'une part, qu'elle ne peut en aucun cas être prononcée contre la personne civilement responsable (arg. art. 2063. Cass., 25 avril 1884, Sir., 87. 1. 340), et d'autre part, qu'après la mort du coupable elle ne peut être prononcée ni exécutée contre ses héritiers.

TITRE XVII

Du nantissement.

1013. Après s'être occupé des sûretés *personnelles,* le cautionnement (titre XIV) et la contrainte par corps, aujourd'hui abolie (titre XVI), le législateur va parler des sûretés *réelles,* savoir : le nantissement, dont il est traité dans ce titre, et les privilèges et hypothèques, qui font l'objet du titre suivant. On se souvient que les sûretés réelles consistent dans l'affectation spéciale d'une *chose* au paiement d'une dette (*supra*, n. 942). Les choses deviennent moins facilement insolvables que les personnes ; aussi les sûretés réelles sont-elles en général préférables aux sûretés personnelles. C'est l'idée qu'exprime l'ancien adage *Plus est cautionis in re quam in persona.*

1014. Définition. — « *Le nantissement est un contrat par lequel un* » *débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette* ». Ainsi s'exprime l'art. 2071.

Il résulte de cette définition :

1° Que le nantissement est un contrat réel (argument du mot *remet*). Il ne devient donc parfait que par la prestation ou livraison de la chose. Jusque-là il pourra y avoir une *promesse de nantissement,* obligatoire pour celui qui l'a faite (arg. art. 1134) et dont l'exécution pourra être poursuivie par les voies légales ; mais il n'y aura *nantissement* que lorsque la promesse aura été réalisée par la remise de la chose engagée au créancier.

Comme le dépôt et le commodat, deux de ses congénères, réels comme lui, le nantissement appartient à la catégorie des contrats que l'on appelle dans la doctrine *synallagmatiques imparfaits.* Une seule obligation, en effet, naît au moment de la formation du contrat : celle du créancier, qui s'oblige à restituer la chose reçue en nantissement lorsque la dette sera payée. Le débiteur pour le moment n'est pas obligé, et il n'est même pas certain qu'il le soit un jour ; car il ne peut le devenir que par suite de certains faits postérieurs au contrat, qui ne se produiront pas toujours, par exemple si le créancier gagiste fait des dépenses nécessaires pour la conservation de la chose donnée en gage.

Le contrat de gage étant synallagmatique imparfait, il s'ensuit que l'acte sous seing privé, qui serait dressé pour le constater, ne devrait pas nécessairement satisfaire aux prescriptions de l'art. 1325, relatif à la formalité du double écrit. Cpr. t. II, n. 1201.

2° Que le nantissement est un contrat *accessoire* (argument des mots *pour sûreté de la dette*). Il suppose en effet nécessairement l'existence d'une obligation principale, à laquelle il se rattache et dont il vient garantir l'exécution. D'où il suit que la nullité de l'obligation principale entraînerait celle du nantissement, *accessorium sequitur principale.* Mais, en sens inverse, la nullité du nantissement n'entraînerait pas celle de l'obligation principale; car le principal peut subsister sans l'accessoire.

D'ailleurs le nantissement peut être rattaché à une obligation quelconque, pourvu qu'elle soit valable.

1015. Le nantissement peut être fourni, soit par le débiteur lui-même (ce qui est le cas le plus fréquent), soit par un tiers pour son compte. L'art. 2077 le dit pour le gage : « *Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur* », et il en est certainement de même pour l'antichrèse, bien que nous ne trouvions pas cette disposition reproduite dans le chapitre qui traite de cette deuxième variété du nantissement.

Autre chose est donner un objet en nantissement pour la dette d'autrui, autre chose s'en rendre caution. La caution répond sur tous ses biens de l'obligation à laquelle elle accède, car elle est tenue *personnellement* (arg. art. 2092); au contraire, celui qui donne sa chose en nantissement pour une dette qui n'est pas sienne, celui qui fournit un cautionnement réel, comme on dit quelquefois, ne contracte pas d'engagement personnel; il engage seulement la chose qu'il affecte au créancier : *res non persona debet.* A ce point de vue, le nantissement pour autrui peut être moins onéreux que le cautionnement. En revanche, la caution peut exiger la discussion préalable du débiteur, tandis que ce droit n'appartient pas à celui qui a fourni un cautionnement réel.

1016. Enfin le nantissement peut avoir pour objet soit un meuble, soit un immeuble. A-t-il pour objet un meuble? C'est l'hypothèse du *gage.* S'il a pour objet un immeuble, on est dans le cas de l'*antichrèse.* C'est ce que dit l'art. 2072 : « *Le nantissement d'une chose mobilière* » *s'appelle* gage. — *Celui d'une chose immobilière s'appelle* antichrèse ».

Suivent deux chapitres intitulés, l'un, *Du gage,* l'autre, *De l'antichrèse,* division qui s'impose. Nous terminerons l'étude de ce titre par un appendice consacré à la théorie du droit de *rétention.*

CHAPITRE PREMIER

DU GAGE

1017. Définition. — Le *gage,* ainsi que nous venons de l'expliquer, est un contrat par lequel un créancier reçoit une chose mobilière pour sûreté de sa créance.

Cette définition s'applique au gage envisagé comme contrat. Quelquefois le mot *gage* se prend pour désigner la chose même qui est engagée : il a ce sens dans l'art. 2079. Enfin on l'emploie aussi pour désigner la sûreté particulière que le contrat de gage procure au

créancier, par exemple si l'on dit : *droit de gage (jus pignoris), privilège de gage.*

1018. Quelles choses peuvent être données en gage. — Toutes les choses mobilières qui sont dans le commerce sont susceptibles de faire l'objet d'un contrat de gage, même les choses incorporelles. On en avait douté dans notre ancien droit, parce que, disait-on, les choses incorporelles ne sont pas susceptibles de tradition, *res incorporales traditionem recipere non possunt.* Cette raison ne pouvait pas arrêter notre législateur, qui admet la possibilité d'une tradition véritable pour les choses incorporelles (art. 1689).

1019. Conditions requises. — Pour pouvoir donner une chose en gage, il faut en être propriétaire et avoir la capacité de l'aliéner (arg. art. 2124).

La constitution de gage, faite par un propriétaire incapable d'aliéner, est nulle. L'incapable pourra donc, après avoir fait prononcer la nullité du contrat, réclamer la restitution de sa chose (arg. art. 1125).

Quant au gage constitué par celui qui n'est pas propriétaire de la chose engagée, *a non domino,* il faut distinguer.

Dans les rapports du constituant et du créancier, le contrat est valable et produit en principe tous ses effets. Il en est à cet égard du gage portant sur la chose d'autrui comme du prêt et du dépôt d'une *res aliena.* Ainsi, d'une part, le débiteur ne pourra pas, avant d'avoir payé la dette, réclamer la restitution de la chose engagée, sous prétexte qu'elle ne lui appartient pas et qu'il veut la restituer au propriétaire; et d'autre part, le créancier ne pourra pas, la dette une fois payée, refuser de restituer la chose au débiteur, en alléguant qu'elle appartient à autrui, sauf peut-être une exception tirée par analogie de l'art. 1938 al. 2.

Mais, par rapport au propriétaire de la chose engagée, le contrat est sans efficacité, il est pour lui *res inter alios acta.* Le propriétaire pourra donc revendiquer sa chose, sans tenir aucun compte de la constitution de gage dont elle a été l'objet.

Et toutefois, s'il s'agit d'une chose mobilière corporelle, et que le créancier l'ait reçue de bonne foi, c'est-à-dire ignorant qu'elle n'appartenait pas à celui qui la lui donnait en gage, l'action en revendication du propriétaire pourra se trouver paralysée. Il suffira au créancier, pour atteindre ce résultat, d'invoquer la règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* qui signifie, comme nous le verrons plus tard, que la revendication des meubles corporels ne réussit pas contre un possesseur de bonne foi. D'ailleurs la règle ne devrait être appliquée qu'avec les tempéraments résultant des art. 2279 al. 2 et 2280.

§ I. *Des droits du créancier gagiste.*

1020. Les droits du créancier gagiste doivent être envisagés successivement dans ses rapports avec les tiers et dans ses rapports avec le débiteur ou plus généralement avec celui qui a constitué le gage.

N° 1. Droits du créancier gagiste à l'égard des tiers.

1021. Dans ses rapports avec les tiers, principalement avec les autres créanciers du débiteur, le créancier gagiste jouit d'un privilège. « *Le gage* », dit l'art. 2073, « *confère au créancier le droit de se*

» *faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence* » *aux autres créanciers* ». Le créancier gagiste est donc sûr d'être payé, si la valeur du gage, déduction faite des frais qu'entraînera sa réalisation, est égale au montant de sa créance.

1. *Conditions requises pour l'acquisition du privilège de gage.*

1022. L'acquisition du privilège de gage est soumise à des conditions rigoureuses. La loi se montre pleine de sollicitude pour les intérêts des tiers auxquels ce privilège pourra préjudicier : son but est d'empêcher qu'ils ne soient victimes de la fraude. Les formalités requises sont indiquées par les art. 2074 à 2076, dont nous commençons par reproduire la disposition.

Art. 2074. *Ce privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. — La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.*

Art. 2075. *Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage.*

Art. 2076. *Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.*

L'analyse de ces textes nous montre que quatre conditions sont requises pour la naissance du privilège qui nous occupe, ou, si l'on veut, pour son efficacité à l'égard des tiers.

1023. 1° Le contrat de gage doit, en matière excédant 150 fr., être constaté par un acte public (acte notarié) ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré.

Cette première formalité a pour but d'assurer la certitude de la date de l'acte qui constate le contrat de gage, et par conséquent d'empêcher les fraudes provenant d'une antidate. « Sans cette précaution », a dit le tribun Gary dans un style un peu solennel, « un débiteur infidèle, au moment où il verrait que ses effets mobiliers vont être mis sous la main de la loi, parviendrait par des intelligences criminelles à les soustraire à l'action de ses créanciers ». Notamment un débiteur, qui vient de tomber en faillite ou qui va y tomber, aurait pu facilement éluder au moyen d'un acte antidaté la disposition de l'art. 446 *in fine* du code de commerce, qui annule, lorsqu'ils ont été constitués depuis la faillite ou dans les dix jours qui précèdent, tous droits de gage établis pour la garantie de dettes antérieurement contractées.

Au cas où le contrat de gage est constaté par un acte sous seing privé, la loi exige qu'il soit *enregistré;* et, comme tout est de rigueur en matière de privilèges, nous en concluons que l'enregistrement ne pourrait pas être suppléé par l'un des équivalents dont parle l'art. 1328. La doctrine et la jurisprudence sont en sens contraire. On dit qu'en parlant de l'enregistrement la loi a seulement voulu indiquer le moyen le plus fréquemment employé pour donner date certaine aux actes sous seing privé, mais que sa disposition n'est nullement conçue dans un esprit d'exclusion.

La loi n'exige un acte public ou sous seing privé enregistré *qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.* Ces mots se rapportent au montant de l'intérêt pour lequel il y a conflit entre le créancier gagiste et les autres créanciers. Ainsi la créance est de 300 fr., mais la valeur du gage n'est que de 150 fr. ou moins. Le droit du gagiste ne menace les autres créanciers que jusqu'à concurrence de 150 fr.; car il n'obtiendra que cette somme comme créancier privilégié, puisque le gage ne vaut pas davantage et que le privilège ne porte que sur ce gage; pour le surplus de sa créance, il sera de même condition que les autres créanciers; un acte public ou sous seing privé enregistré ne sera donc pas nécessaire. Il en sera de même, si, en sens inverse, la chose donnée en gage ayant une valeur de 300 fr., la créance garantie ne dépasse pas 150 fr.; car le gagiste n'oppose son privilège aux autres créanciers que pour 150 fr., montant de sa créance; le surplus de la valeur du gage, il le leur abandonne. Nous arrivons donc à cette conclusion qu'on est en matière n'excédant pas 150 fr., et que par conséquent l'exception formulée par l'art. 2074 al. 2 reçoit son application, toutes les fois que soit le montant de la créance, soit la valeur du gage ne dépasse pas la somme ou valeur de 150 fr.

1024. 2° L'acte instrumentaire dont nous venons de parler doit mentionner le montant de la créance et contenir une désignation complète de la chose donnée en gage. Le but de cette double formalité est d'empêcher que, par suite d'un concert frauduleux, les parties ne grossissent après coup la créance à la sûreté de laquelle le gage a été affecté, ou ne substituent à la chose primitivement donnée en gage une autre chose d'une valeur plus considérable.

L'acte doit d'abord indiquer le montant de la créance; mais il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, qu'il indique la nature de la créance, ni la forme et la date de l'acte qui la constate, ni l'époque de son échéance ou de son exigibilité.

Il doit contenir en outre une désignation complète de la chose donnée en gage, c'est-à-dire fournir toutes les indications nécessaires pour individualiser cette chose. Quelquefois il faudra, pour atteindre ce but, non seulement indiquer l'espèce et la nature des choses remises en gage, mais encore dresser un état de leurs qualité, poids et mesure.

La jurisprudence se montre très rigoureuse en ce qui concerne l'accomplissement de cette condition. Citons un seul exemple. Un fabricant d'Arras avait donné en gage des huiles pour la garantie d'un prêt de 8,000 fr.; l'acte de nantissement disait *des huiles de graines.* La cour de Douai n'a pas considéré cette désignation comme suffisante pour déterminer l'individualité de la chose donnée en gage; il aurait fallu dire si c'était de l'huile de lin, de colza, d'œillette, car il se fabrique dans l'arrondissement des huiles de ces diverses espèces.

D'ailleurs la désignation de la chose donnée en gage peut être faite, soit dans

l'acte même de nantissement, soit dans un acte séparé, également authentique ou sous seing privé, qui sera annexé à l'acte de nantissement.

Si, parmi les choses données en gage, quelques-unes seulement ont été l'objet d'une désignation suffisante, elles seront valablement affectées au privilège du créancier, les autres y échapperont. *Utile per inutile non vitiatur.*

1025. 3° Si la chose mobilière donnée en nantissement est une créance, non seulement le contrat doit être constaté par un acte authentique ou sous seing privé enregistré, mais en outre il doit être signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 2075); et cette double formalité est requise, même en matière n'excédant pas 150 fr., l'art. 2075 ne faisant plus la distinction qu'établit l'article précédent dans sa partie finale.

Pourquoi la signification dont nous venons de parler ? Il faut bien tout d'abord informer le débiteur de la créance de la constitution de gage dont cette créance a été l'objet, afin qu'il ne fasse aucun paiement au préjudice du créancier gagiste. La signification a un autre but : elle est destinée, d'une part, à porter le contrat de gage à la connaissance des *tiers* (sur le sens de cette expression voyez *supra* n. 627), qui iront, on le suppose, se renseigner auprès du débiteur; et d'autre part elle détermine l'ordre de préférence à établir entre le créancier gagiste et les autres personnes qui ont pu ou pourront acquérir des droits sur la créance. Ainsi une même créance a été cédée à une personne et donnée en gage à une autre; on donnera la préférence à celui qui se sera mis le premier en règle. Cpr. *supra,* n. n. 627 et 629.

Les formalités prescrites par la loi pour l'acquisition d'un privilège étant de rigueur, nous en concluons que la signification exigée par l'art. 2075 ne pourrait pas être remplacée par l'acceptation du débiteur dans un acte authentique, bien que l'art. 1690 considère cette acceptation comme équivalente à la notification quand il s'agit d'un transport de créance. La jurisprudence est en ce sens (Paris, 18 août 1881, Sir., 82. 2. 25). La doctrine se prononce généralement en sens contraire.

1026. 4° Il faut que la chose donnée en gage soit mise et reste en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties (art. 2076). L'art. 2102 fait allusion à cette condition, lorsqu'il déclare privilégiée « la créance sur le gage *dont le créancier est saisi* ». On s'explique ainsi facilement l'étymologie du mot *pignus,* dérivé, paraît-il, de *pugnus, poing,* parce que la main sert à réaliser l'appréhension corporelle.

La faculté de remettre la chose entre les mains d'un tiers facilite la constitution de gage au profit de plusieurs créanciers soit conjointement, soit successivement, la même personne pouvant posséder au nom de plusieurs intéressés.

La possession du gage par le créancier gagiste ou par quelqu'un pour son compte donne à son privilège une publicité telle qu'elle. Ceux qui traiteront désormais avec le débiteur sauront, s'ils connaissent la possession du créancier gagiste, qu'il a un privilège sur le gage dont

il est nanti, et, s'ils l'ignorent, du moins ils ne seront pas trompés, en ce sens qu'ils n'auront pas pu compter sur des meubles que leur débiteur ne possédait plus.

La possession du créancier gagiste doit être une possession réelle et effective, semblable à celle qu'exige l'art. 1141. Comme le dit fort justement la cour de cassation, il faut « que la mise en possession du créancier soit un fait apparent, d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre » (Cass., 29 décembre 1875, Sir., 76. 1. 109; et 19 mars 1878, Sir., 78. 1. 261). Sur le point de savoir quand cette condition se trouvera remplie, on comprend bien qu'il ne s'agit plus que d'une question de fait; car il est évident que tout dépend de la nature de la chose donnée en gage et des circonstances de la cause.

La condition de la possession est requise *dans tous les cas,* dit l'art. 2076, par conséquent même quand le gage a pour objet une chose incorporelle. La mise en possession résultera alors de la tradition des titres qui constatent la créance. Le créancier sera ainsi saisi à l'égard du débiteur, auquel appartient la créance; la signification prescrite par l'art. 2075 le saisira à l'égard des tiers.

2. *Exercice du privilège.*

1027. Le privilège du créancier gagiste lui assure son paiement sur la chose donnée en gage, par préférence aux autres créanciers. Comment le gagiste s'y prendra-t-il pour mettre ce droit en œuvre, si le débiteur ne paie pas à l'échéance? Deux moyens s'offrent à lui, entre lesquels la loi paraît lui accorder le choix ; il peut demander que le gage lui soit attribué en paiement sur estimation, ou en requérir la vente aux enchères pour se faire payer par préférence sur le prix. C'est ce que dit l'art. 2078 al. 1, ainsi conçu : « *Le créancier ne peut, à » défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en » justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concur- » rence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux » enchères* ».

On le voit, le créancier ne devient pas propriétaire du gage par le seul fait du défaut de paiement à l'échéance. C'eût été souvent une véritable spoliation pour le débiteur; car la valeur du gage est ordinairement supérieure à celle de la dette au paiement de laquelle il est affecté. Le créancier ne peut que requérir son paiement sur le prix de la chose, ou l'attribution de cette chose à titre de *datio in solutum* dans les conditions que notre article détermine. Autrement, la convention de gage serait odieuse, parce qu'elle enrichirait le créancier et ruinerait le débiteur. Malheureusement notre loi fait payer cher au débiteur la protection qu'elle lui accorde; les frais des mesures qu'elle ordonne dans son intérêt sont ruineux, et naturellement c'est lui qui les supporte.

Les considérations, qui ont dicté la disposition que nous venons d'analyser, sont d'intérêt général ou d'ordre public. Il s'agit, comme l'a dit Berlier, d'empêcher l'exploitation de la misère par la cupidité. Ainsi s'explique la sanction contenue dans l'art. 2078 al. 2 : « *Toute » clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en dispo- » ser sans les formalités ci-dessus, est nulle* ».

Tomberaient sous le coup de la nullité établie par cette disposition : 1° la clause portant que, si la dette n'est pas payée à l'échéance, le gage restera au créancier à titre de paiement ; 2° celle qui lui attribuerait la chose engagée en paiement, d'après une estimation faite lors du contrat ; 3° enfin la clause autorisant le créancier à vendre le gage à l'amiable.

La stipulation que prohibe l'art. 2078 al. 2, porte le nom de *pacte commissoire,* expression qui se prend aussi dans un autre sens (t. II, n. 943). Ce pacte, célèbre entre tous dans les annales de la fraude, est empreint d'une dureté excessive ; le débiteur le subit, bien plus qu'il ne l'accepte, parce que le créancier en fait la condition du prêt : le plus souvent il masque une convention usuraire.

La nullité édictée par l'art. 2078 al. 2, ne porte que sur le pacte commissoire, et non sur la convention de gage dont il est un accessoire.

On ne pourrait pas valablement convenir que le prix produit par la vente du gage appartiendra tout entier au créancier, sans qu'il ait de restitution à faire si ce prix se trouve être supérieur au montant de la dette, ni de réclamation à élever contre le débiteur s'il se trouve être inférieur. Ce serait un moyen indirect et trop facile d'éluder la prohibition de la loi.

Mais la vente du gage, faite sans fraude par le débiteur au créancier après l'échéance de la dette, et même avant mais postérieurement au contrat, devrait être déclarée valable.

N° 2. Droits du créancier gagiste dans ses rapports avec le débiteur.

1028. Dans ses rapports avec le débiteur le créancier gagiste jouit : 1° du droit de rétention ; 2° du droit d'exiger le remboursement des dépenses faites pour la conservation du gage ; 3° dans un cas particulier, du droit de s'attribuer les fruits produits par la chose donnée en gage.

1. *Du droit de rétention.*

1029. « *Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en » abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant » en principal, qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage » a été donné* » (art. 2082 al. 1). Le droit qui appartient ainsi au créancier de conserver la possession de la chose *jure pignoris* jusqu'à parfait paiement, est connu dans la doctrine sous le nom de droit de *rétention.*

On enseigne généralement que le droit de rétention du créancier gagiste est réel, par conséquent opposable à tous. Il y a cependant de très fortes raisons pour soutenir que ce droit est personnel, que par suite le créancier ne peut s'en prévaloir qu'à l'égard du débiteur; dans ses rapports avec les tiers, il ne jouirait que de son privilège. D'abord l'art. 2082, qui organise le droit de rétention du gagiste, vient à la suite des articles où il est traité des obligations personnelles résultant du contrat de gage; sa place aurait été à la suite du privilège, si le législateur y avait vu un droit réel. Ensuite, il est généralement admis que les formalités, prescrites par les art. 2074 à 2076 pour l'acquisition du privilège de gage, ne le sont pas pour l'acquisition du droit de rétention, et il est bien difficile de ne pas l'admettre, les art. 2074 à 2076 ne parlant que du privilège; or le législateur serait impardonnable de n'avoir pas soumis l'acquisition du droit de rétention aux mêmes conditions que l'acquisition du privilège, si le premier comme le second était opposable aux tiers; car, que le créancier gagiste oppose aux tiers son droit de rétention ou qu'il leur oppose son privilège, le résultat pour eux sera toujours le même : ils ne pourront se faire payer sur la chose donnée en gage que lorsque le créancier gagiste aura été intégralement désintéressé. Le législateur aurait en réalité repris d'une main aux tiers la protection qu'il venait de leur accorder de l'autre, si, après avoir soumis l'acquisition du privilège à des règles rigoureuses, destinées à prévenir les fraudes dont ils peuvent être victimes, il avait permis que le créancier acquît, sans l'accomplissement de ces mêmes formalités, un droit de rétention susceptible de leur être opposé.

La question que nous venons d'examiner offre de l'intérêt dans les cas où le gagiste a acquis le droit de rétention sans acquérir en même temps le privilège, soit parce que la loi ne lui accorde que le droit de rétention, comme il arrive dans l'hypothèse prévue par l'art. 2082 al. 2 (*infra*, n. 1033), soit parce qu'il n'a pas rempli les formalités prescrites pour l'acquisition du privilège. Dans ces divers cas, le créancier gagiste sera à peu près sauvegardé à l'égard des tiers, s'il peut leur opposer son droit de rétention; car il leur dira : « Tant que je ne suis payé, je conserve mon gage ». Les autres créanciers ne pourront donc saisir le gage qu'à la condition de désintéresser préalablement le gagiste, et, somme toute, la situation de celui-ci sera à peu près la même que s'il avait un privilège, sauf en un point important cependant : c'est qu'il ne pourra pas prendre lui-même l'initiative de la saisie et de la vente du gage; du moins en agissant ainsi, il se dépouillerait volontairement de la possession du gage, ce qui lui ferait perdre le bénéfice de son droit de rétention, et, comme il n'a pas de privilège, le prix du gage serait alors distribué entre tous les créanciers au marc le franc. Mais enfin, en s'armant de patience, il peut espérer obtenir un paiement intégral; car un jour viendra sans doute où les autres créanciers se décideront à saisir, et alors ils devront le payer intégralement pour pouvoir le déposséder. — Voilà quelle sera la situation du créancier gagiste, qui a le droit de rétention sans privilège, si son droit de rétention est réel. Si au contraire ce droit est personnel, il ne pourra être opposé qu'au débiteur, et par suite, si les autres créanciers saisissent le gage, le prix en sera distribué au marc le franc entre tous.

1030. Le droit de rétention du créancier gagiste est indivisible : ce qui signifie que le créancier gagiste n'est pas obligé, lorsqu'il a reçu un paiement partiel, de restituer une partie correspondante de la chose ou des choses données en gage, alors même qu'elles seraient susceptibles d'être divisées. Le créancier a le droit de conserver la possession du gage tout entier, tant qu'il n'est pas intégralement payé, si minime que soit la portion qui lui reste due.

Ainsi j'ai reçu deux diamants en gage pour garantie d'un prêt de 2,000 fr. ; le

débiteur m'offre et j'accepte le paiement d'une somme de 1,000 fr., ou bien le débiteur meurt laissant deux héritiers dont l'un me force à recevoir 1,000 fr. (art. 1220). Je ne serai pas obligé de restituer l'un des diamants. De même, si je meurs laissant deux héritiers et que le débiteur paye à l'un d'eux sa part dans la créance, soit 1,000 fr. (art. 1220), il ne pourra pas exiger de lui la restitution de l'un des diamants. C'est ce que dit l'art. 2083 : « *Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette* » *entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. — L'héritier du débiteur, qui* » *a payé sa portion de la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans* » *le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée. — Réciproquement,* » *l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage* » *au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés* ».

1031. Gage tacite. — Le créancier gagiste ne peut exercer le droit de rétention qu'à raison de la dette au paiement de laquelle le gage a été spécialement affecté, et non à raison des autres dettes que le même débiteur pourrait avoir contractées envers lui soit avant, soit après la constitution du gage. En d'autres termes, le créancier gagiste doit restituer le gage au débiteur, dès que celui-ci a payé intégralement la dette pour sûreté de laquelle il a constitué le gage, alors même qu'il existerait encore quelque autre dette non payée du même débiteur envers le même créancier. Cette règle souffre cependant une exception remarquable, que l'art. 2082 al. 2 formule en ces termes : « *S'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier,* » *une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue* » *exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra* » *être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une* » *et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour* » *affecter le gage au paiement de la seconde* ».

C'est le cas que l'on désigne généralement dans la doctrine sous le nom de *gage tacite*. Comprenons bien dans quelles circonstances il peut prendre naissance. Je vous prête *sur gage* une somme de 1,000 fr. pour deux années; six mois après, sur votre demande et sans exiger de nouvelles sûretés, je vous prête encore 500 fr. *pour un an;* par conséquent je stipule la nouvelle dette payable avant l'époque fixée pour l'échéance de la première. La loi en conclut qu'il a été tacitement entendu entre nous que le gage affecté à la première dette le serait également à la seconde, et que par conséquent j'aurais le droit de garder le gage jusqu'au paiement intégral de l'une et de l'autre dette. Et en effet, si, il y a six mois, je ne vous considérais pas comme assez solvable pour vous prêter sans une garantie spéciale, il n'est pas probable qu'aujourd'hui, quand vous venez me demander un nouvel emprunt, ce qui ne prouve pas que votre situation se soit améliorée, j'aie plus de confiance en vous, et que je consente à vous prêter sans garanties. Ce qui lève d'ailleurs tout doute sur mes intentions, c'est que j'ai fixé pour la nouvelle dette un terme de paiement

plus rapproché que celui de la première. Evidemment j'ai entendu que le gage garantirait aussi la seconde dette, et la loi suppose qu'en acceptant le prêt dans ces conditions vous avez souscrit à mes exigences à l'endroit des sûretés.

1032. La disposition de l'art. 2082 al. 2 est exceptionnelle. Il ne saurait donc y avoir gage tacite en dehors des conditions qu'elle détermine. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

Ainsi tout d'abord, la loi parle d'une dette *du même débiteur envers le même créancier;* autrement la constitution tacite de gage ne se concevrait plus. Si donc, vous ayant prêté sur gage une somme de 1,000 fr., payable en 1895, je deviens votre créancier de 1,000 autres francs, payables en 1894, en qualité d'héritier de *Primus,* qui vous a prêté cette somme postérieurement au prêt que je vous ai fait moi-même, je ne pourrai pas soutenir que le gage est affecté au paiement de cette dernière dette.

D'autre part, la loi supposant que la nouvelle dette a été *contractée postérieurement à la mise en gage,* le créancier ne pourrait pas invoquer la constitution tacite de gage pour les dettes contractées antérieurement. La solution contraire était admise en droit romain : le gage était censé affecté, non seulement à la dette pour sûreté de laquelle il était spécialement constitué, mais en outre à toutes les autres dettes antérieures du même débiteur envers le même créancier.

Enfin la loi suppose que la dette contractée postérieurement à la mise en gage est *devenue exigible avant le paiement de la première;* si donc elle n'est devenue exigible qu'après, on sort des termes de l'exception, et par suite elle ne reçoit plus son application.

D'ailleurs, il n'est pas nécessaire que la seconde dette ait été stipulée payable avant l'échéance de la première, comme nous l'avons supposé dans l'exemple proposé ci-dessus pour mieux faire comprendre le mécanisme de la constitution tacite de gage ; il suffit, comme le dit l'art. 2082 al. 2, que la deuxième dette soit *devenue exigible* (ce qui n'est pas synonyme de *stipulée payable*) avant *le paiement* de la première, la loi ne dit pas *avant l'échéance.*

1033. Il y a grave controverse sur le point de savoir quels sont les droits résultant, pour le créancier, de la constitution tacite de gage qui se produit dans l'hypothèse prévue par l'art. 2082 al. 2. D'après une opinion très accréditée, le créancier gagiste aurait pour la seconde dette, garantie par le gage tacite, une sûreté, exactement semblable à celle qui lui appartient pour la première; il jouirait donc, pour l'une comme pour l'autre, non seulement du droit de rétention, mais aussi d'un privilège sur la chose donnée en gage. On argumente surtout en ce sens de l'intention manifeste du créancier, et des mots qui terminent l'article : *lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde;* d'où l'on induit par un argument *a contrario* que la situation est la même pour le créancier que s'il était intervenu une stipulation expresse affectant le gage au paiement de la deuxième dette, que par conséquent le créancier a le privilège du gagiste pour cette dette comme pour l'autre.

Nous acceptons le point de départ de cette argumentation ; mais nous en repoussons la conclusion. Oui, la situation du créancier est la même que s'il était intervenu une stipulation expresse pour affecter le gage à la sûreté de la deuxième dette. Résulte-t-il de là, comme on le prétend, que le créancier va avoir un privilège pour la seconde créance? C'est demander s'il suffit de stipuler un gage pour acquérir le privilège du créancier gagiste. A cet égard nous sommes fixés; nous avons vu que les art. 2074 à 2076 subordonnent l'acquisition du privilège de gage à des conditions

rigoureuses, en l'absence desquelles il ne peut pas prendre naissance. Ces conditions ont-elles été remplies dans notre espèce ? Non. Donc le privilège de gage n'a pas pu prendre naissance. Alors que reste-t-il? c'est que la constitution tacite de gage, relative à la deuxième dette, produira le même effet que celui qu'aurait produit la constitution expresse dont la première a été l'objet, si les formalités prescrites par les art. 2074 et s. n'avaient pas été remplies, c'est-à-dire que cette constitution tacite n'aura d'effet qu'entre le créancier et le débiteur; elle confèrera au créancier un droit de rétention qu'il ne pourra opposer qu'au débiteur.

Le texte de la loi confirme pleinement cette induction. L'alinéa 1 de l'art. 2082 est exclusivement relatif au droit de rétention; il se réduit à dire que le créancier a la faculté de retenir le gage jusqu'au paiement intégral de la dette pour sûreté de laquelle il a été constitué, mais qu'il doit le restituer, cette dette une fois payée. Voilà la règle. L'alinéa 2 de l'article va formuler une exception à cette règle. Avant d'examiner dans quels termes elle est conçue, demandons-nous ce qu'elle doit rationnellement contenir. Il est élémentaire que l'exception ne peut porter que sur ce qui est compris dans la règle; or la règle, nous venons de le dire, ne concerne que le droit de rétention, elle est étrangère au privilège; donc l'exception ne devra concerner aussi que le droit de rétention, non le privilège. Lisons le texte maintenant. Va-t-il démentir l'induction que fournit le simple raisonnement? Bien au contraire. Le créancier, dit la loi, « ne pourra être *tenu de se dessaisir* du gage avant d'être » entièrement payé de l'une et de l'autre dette ». *Tenu de se dessaisir :* cela ne fait certainement allusion qu'au droit de rétention, non au privilège; donc le créancier ne jouit pour la nouvelle dette que du droit de rétention. Il y a d'autant moins lieu d'y ajouter le privilège, dont la loi ne parle pas, que la disposition qui nous occupe déroge au droit commun, comme toutes celles qui contiennent une interprétation législative de la volonté des parties, et qu'à ce titre elle ne saurait être étendue en dehors de ses termes.

Il demeure donc acquis que la constitution tacite de gage de l'art. 2082 ne confère au créancier que le droit de rétention. Reste à savoir à qui ce droit peut être opposé. Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point. Dans notre opinion, le créancier ne peut invoquer le droit de rétention qu'à l'égard du débiteur. Ceux qui lui permettent de l'opposer aux autres créanciers arrivent, bien évidemment, à lui donner d'une main ce qu'ils lui retirent de l'autre, et de plus ils exposent le législateur à un blâme qu'il ne mérite point, pour n'avoir accordé aux autres créanciers qu'une protection illusoire, en les laissant aux prises avec le droit de rétention du créancier gagiste, qui ne peut pas se prévaloir de son privilège parce qu'il n'a pas rempli les formalités prescrites par la loi pour son acquisition.

2. *Remboursement des impenses.*

1034. « *De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des* » *dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation* » *du gage* » (art. 2080 al. 2). Pour obtenir le remboursement de ces impenses, le créancier a l'action *pigneratitia contraria.*

Le langage de la loi, en ce qui concerne les impenses dont le créancier a le droit d'exiger le remboursement, manque de précision. Au premier abord, l'expression *dépenses utiles* semble faire allusion aux impenses d'amélioration, et l'expression *dépenses nécessaires,* aux impenses de conservation. Mais l'addition des mots *que celui-ci a faites pour la conservation de la chose* semble indiquer que le législateur ne songeait qu'aux impenses de conservation; la phrase signifie littéralement : *dépenses utiles et même nécessaires à la conservation de la chose.* Les dépenses de simple amélioration seraient donc restées en dehors des prévisions du législateur :

ce qui s'explique assez facilement; car régulièrement le créancier gagiste ne doit pas, sans le consentement du débiteur, qui est déjà obéré, augmenter ses charges en le grevant contre son gré d'une impense d'amélioration qu'il n'aurait probablement pas faite. En supposant que le créancier ait le droit de réclamer le remboursement d'une semblable impense, ce n'est pas dans notre article qu'il pourrait trouver le principe de son action. — L'art. 2086 al. 2 comporte une observation analogue en matière d'antichrèse. Il est peut-être plus certain encore que le législateur ne songeait pas en écrivant ce texte aux impenses d'amélioration; il suppose en effet que, pour n'avoir pas fait les dépenses dont il parle, le créancier serait passible de dommages et intérêts.

3. *Fruits et intérêts produits par la chose.*

1035. La propriété de la chose donnée en gage appartient au débiteur, non au créancier. « *Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a* » *lieu* », dit l'art. 2079, « *il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans* » *la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci* ». L'assimilation que la loi établit entre le gage et le dépôt, deux contrats entre lesquels il existe des différences essentielles, a seulement pour but de marquer, d'une part que le gagiste n'a pas le droit, à moins qu'il n'y ait été autorisé, de se servir du gage, de même que le dépositaire ne doit pas se servir de la chose qui lui a été confiée à titre de dépôt (art. 1930), et d'autre part que le gagiste, comme le dépositaire, est un possesseur précaire et qu'en conséquence il ne peut prescrire par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236), à moins qu'il n'y ait eu interversion dans sa possession (art. 2238).

Le débiteur demeurant propriétaire de la chose donnée en gage, les fruits qu'elle produit lui appartiennent, sauf à demeurer affectés au droit de gage du créancier qui les a perçus, en qualité d'accessoires de la chose.

Cette règle souffre cependant une exception, que nous trouvons formulée dans l'art. 2081 : « *S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et* » *que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur* » *ceux qui peuvent lui être dus.* — *Si la dette pour sûreté de laquelle la* » *créance a été donnée en gage ne porte point elle-même intérêts, l'impu-* » *tation se fait sur le capital de la dette* ».

Ainsi le créancier gagiste touche les intérêts de la créance donnée en gage : le débiteur est forcé de les payer entre ses mains. Non seulement il les touche ; mais, par dérogation à la règle que nous venons d'établir, il en devient propriétaire, à la charge de les imputer sur les intérêts et ensuite sur le capital de la créance : ce qui paraît en effet assez conforme à l'intention des parties.

1036. Le débiteur peut vendre la chose donnée en gage : c'est une nouvelle conséquence du principe qu'il en demeure propriétaire. Mais, bien entendu, la vente n'est valable, que sauf les droits du créancier gagiste, c'est-à-dire que l'acheteur ne pourra exiger la délivrance qu'à

la charge de désintéresser complètement le créancier gagiste auquel il devra payer son prix jusqu'à concurrence du montant de sa créance et des accessoires.

Le privilège de gage ne fait pas non plus obstacle à ce que les autres créanciers du débiteur saisissent la chose donnée en gage et la fassent vendre, sauf toujours les droits du créancier gagiste qu'ils devront désintéresser.

§ II. *Obligations du créancier gagiste.*

1037. 1° « *Le créancier répond, selon les règles établies au titre* des » Contrats ou des Obligations conventionnelles en général, *de la perte* » *ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence* » (art. 2080 al. 1). Le créancier gagiste est donc responsable de la *culpa levis in abstracto*. Cpr. t. II, n. n. 865 et s.

2° Le créancier gagiste, qui a reçu un paiement intégral, est tenu de restituer le gage. Pour obtenir cette restitution, le débiteur a l'action *pigneratitia directa*. Il peut aussi agir par l'action en revendication, car il est propriétaire; mais alors il devra prouver son droit de propriété, ce qu'il n'est pas tenu de faire quand il intente l'action *pigneratitia directa*.

3° Le débiteur peut réclamer la restitution du gage avant le paiement de la dette, si le créancier *abuse du gage* (art. 2082), c'est-à-dire s'il s'en sert sans autorisation, ou si ayant été autorisé à s'en servir il en fait un usage abusif.

La déchéance, édictée par l'art. 2082 al. 1 contre le créancier qui abuse du gage, n'a pas lieu de plein droit. Une appréciation est nécessaire sur le point de savoir si l'abus existe et s'il a une gravité suffisante, et cette appréciation ne peut émaner que de la justice, qui statuera, sur la demande du débiteur.

1038. Disposition particulière. — Le dernier article du chapitre consacré au gage porte : « *Les dispositions ci-dessus ne sont applicables* » *ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autori-* » *sées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les con-* » *cernent* » (art. 2084).

Les *maisons de prêt sur gage autorisées* dont la loi veut parler sont les *Monts-de-piété*. Ce sont des établissements de prêts soi-disant gratuits, destinés dans la pensée de leur fondateur *à remédier aux maux infinis de l'usure*, et qui arrivent en définitive à faire payer sous diverses formes aux emprunteurs un intérêt supérieur au taux légal.

L'art. 2084 semble promettre aussi en matière de gage des règles spéciales pour le commerce. Mais le législateur n'a tenu que fort tard sa promesse; ce n'est en effet que par la loi du 23 mai 1863 qu'il a

introduit dans l'organisation du gage commercial les modifications que réclamaient depuis longtemps l'intérêt et les progrès du commerce.

Le gage est commercial, lorsqu'il est constitué pour garantir une obligation commerciale, sans qu'il y ait à considérer la profession des parties ou la nature de la chose qui en fait l'objet. En principe, il est régi par les dispositions du code civil.

Toutefois, depuis la nouvelle loi de 1863, il présente, quand on le compare avec le gage civil, deux différences capitales : l'une est relative à la constitution du gage à l'égard des tiers; l'autre, à sa réalisation, c'est-à-dire au mode à suivre pour convertir en argent la chose engagée.

a. — Nous avons vu que le code civil ne soumet la constitution de gage entre les parties à aucune forme particulière, mais qu'il exige l'accomplissement de certaines formalités pour que le privilège du créancier gagiste prenne naissance contre les tiers. — En matière commerciale, au contraire, le gage existe et produit tous ses effets, tant à l'égard des tiers qu'entre les parties contractantes, sans requérir d'autre condition que celle qui résulte de sa nature de contrat réel, la mise de la chose dans la possession du créancier gagiste (C. co., art. 91, 92).

b. — L'exercice du droit de vendre la chose engagée, quand le débiteur ne paie pas à l'échéance, est soumis à des formalités beaucoup plus simples en matière commerciale qu'en matière civile. Quand il s'agit d'un gage civil, le créancier gagiste ne peut, à défaut de paiement, faire vendre le gage qu'après y avoir été autorisé par jugement. Mais, pour le gage commercial, la loi de 1863, dans un but de célérité et d'économie favorable au crédit, dispense le créancier de recourir à la justice, et lui permet de procéder à la vente publique des objets donnés en gage huit jours après une simple sommation faite au débiteur (C. co., art. 93).

CHAPITRE II

DE L'ANTICHRÈSE

1039. L'antichrèse est le nantissement d'un immeuble (art. 2072 al. 2). Elle confère au créancier, jusqu'à ce qu'il soit intégralement payé, un droit de rétention sur l'immeuble, et en outre un droit de jouissance, à la charge d'imputer le produit net de cette jouissance sur les intérêts d'abord et ensuite sur le capital de la créance.

Le nom de ce contrat trahit son origine grecque : *antichrèse,* de αντι, χρησις, *contre-jouissance.* Le créancier reçoit la jouissance d'un immeuble en échange de la jouissance, qu'il confère au débiteur, du capital de la dette pour sûreté de laquelle l'antichrèse a été constituée.

Ce contrat est peu usité dans la pratique.

L'antichrèse contient, comme le dit Duparc-Poullain, une délégation de jouissance, faite par un débiteur au profit de son créancier. Il en résulte que le droit de grever un immeuble d'antichrèse n'appartient qu'à celui qui a sur cet immeuble un droit de propriété, ou tout au moins un droit de jouissance, et qui a la capacité d'en disposer. En

d'autres termes, peuvent seuls constituer une antichrèse le propriétaire ou l'usufruitier capables de disposer de leur droit. — Remarquons que l'antichrèse constituée par un usufruitier ne peut avoir d'efficacité que pour la durée de son usufruit.

I. *Preuve de l'antichrèse.*

1040. « *L'antichrèse ne s'établit que par écrit* » (art. 2085 al. 1). Cette formule, analogue à celle qu'emploie l'art. 2044 al. 2, au sujet de la transaction, a la même portée. Elle ne signifie donc pas que l'antichrèse soit un contrat solennel, dans lequel l'écriture serait requise comme une formalité substantielle, en l'absence de laquelle le contrat ne pourrait pas avoir d'existence légale, mais seulement que la preuve testimoniale en est interdite même en matière n'excédant pas 150 fr. : ce qui n'exclut pas la possibilité de prouver le contrat d'antichrèse par l'aveu de la partie ou par son refus de prêter serment. En deux mots, l'écriture est requise *ad probationem,* non *ad solemnitatem.* On en trouve la preuve certaine dans l'art. 2-3° de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, qui suppose que l'existence du contrat d'antichrèse peut être déclarée par un jugement en vertu d'une convention verbale. Cpr. t. I, n. 636, et *supra,* n. 991.

D'ailleurs, la règle que l'antichrèse n'est pas susceptible d'être prouvée par témoins fléchirait, si l'acte primitivement dressé avait été perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (art. 1348), et même, sauf controverse, s'il existait un commencement de preuve par écrit. Arg. art. 1347, et *supra,* n. 992.

1041. Le titre qui constate l'existence d'un contrat d'antichrèse est soumis à la formalité de la transcription (loi du 23 mars 1855, art. 2 et 3). La date de cette transcription a une importance décisive pour résoudre le conflit, qui peut s'élever entre le créancier ayant un droit d'antichrèse sur un immeuble et un tiers qui a acquis sur ce même immeuble un droit pour la conservation duquel il s'est conformé aux prescriptions de la loi. Ainsi le créancier antichrésiste pourra ou ne pourra pas opposer son droit à un acheteur de l'immeuble ou à un créancier hypothécaire, suivant que la transcription de son titre sera antérieure ou postérieure à celle du titre de l'acheteur ou à l'inscription de l'hypothèque.

II. *Des droits du créancier sur antichrèse.*

1042. 1° Le créancier antichrésiste, nous l'avons déjà dit, a la jouissance de l'immeuble qui lui a été donné en nantissement. Transcrivons le texte qui lui accorde ce droit : « *Le créancier n'acquiert par ce contrat* » *que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les* » *imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur* » *le capital de sa créance* » (art. 2085 al. 2).

D'ailleurs le créancier peut, s'il ne veut pas jouir par lui-même, donner à bail l'immeuble sur lequel porte son droit d'antichrèse, en se conformant aux règles du droit commun pour la durée des baux.

Il doit respecter, en ce qui concerne le mode d'exploitation, l'état de choses établi par le propriétaire, et n'a pas le droit de faire d'innovations.

Pour éviter des comptes minutieux entre le propriétaire et l'antichrésiste, la loi permet de convenir que les fruits de l'immeuble se compenseront en tout ou en partie avec les intérêts de la créance à la sûreté de laquelle l'immeuble est affecté. « *Lorsque les parties ont stipulé* » *que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jus-* » *qu'à une certaine concurrence, cette convention s'exécute comme toute* » *autre qui n'est point prohibée par les lois* » (art. 2089).

Sous l'empire du code civil, qui laissait les parties libres de fixer comme elles l'entendaient le taux de l'intérêt, une semblable convention ne pouvait jamais être critiquée comme usuraire. La loi du 3 septembre 1807, qui est venue limiter le taux de l'intérêt conventionnel et qui est encore en vigueur en matière civile (*supra* n. 838), dut nécessairement avoir pour résultat de faire considérer comme nulle la convention dont il s'agit, en tant qu'elle aurait eu pour résultat d'allouer au créancier des intérêts excédant le taux légal; car il n'est pas permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Ce qui toutefois ne doit être appliqué qu'autant que la valeur des fruits de l'immeuble dépasse sensiblement les intérêts calculés au taux *maximum* fixé par la loi, et en tenant compte d'ailleurs de ce qu'il peut y avoir d'aléatoire dans la production des fruits. Lorsqu'il est reconnu, d'après les éléments d'appréciation que nous venons d'indiquer, que la clause de compensation est usuraire, le créancier est obligé d'imputer chaque année sur le capital ce dont les fruits excèdent les intérêts de la créance.

1043. 2° Le créancier a le droit de *retenir* l'immeuble jusqu'au paiement intégral de la dette en capital, intérêts et frais. « *Le débiteur ne* » *peut, avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de* » *l'immeuble qu'il a remis en antichrèse* », dit l'art. 2087 al. 1.

Mais le droit de rétention résultant de l'antichrèse ne s'applique qu'à la dette pour sûreté de laquelle l'antichrèse a été constituée. L'antichrésiste ne peut l'invoquer pour aucune autre, pas même pour les dettes contractées postérieurement par le même débiteur et devenues exigibles avant le paiement de la première. Il n'y a pas d'antichrèse tacite, comme il y a un gage tacite. La disposition de l'art. 2082 al. 2 n'est pas répétée au chapitre *De l'antichrèse*, et elle n'est pas susceptible, à raison de sa nature exceptionnelle, d'être étendue d'un cas à un autre. Cette solution est généralement admise.

Le droit de rétention qui résulte de l'antichrèse est indivisible, comme celui qui résulte du gage. « *Les dispositions des articles* 2077 *et* » 2083 *s'appliquent à l'antichrèse comme au gage* » (art. 2090).

1044. Aux termes de l'art. 2088 : « *Le créancier ne devient point pro-* » *priétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme con-* » *venu; toute clause contraire est nulle; en ce cas, il peut poursuivre*

» *l'expropriation de son débiteur par les voies légales* ». Ce texte prohibe le pacte commissoire en matière d'antichrèse, comme l'art. 2078 al. 2, le prohibe en matière de gage. Voyez ce qui a été dit au sujet de ce dernier texte, *supra,* n. 1027.

1045. Contrat pignoratif. — Le moment est venu de parler du contrat *pignoratif.* On désigne sous ce nom un contrat, qui, sous les apparences d'une convention permise, la vente à réméré, contient en réalité une impignoration prohibée. Or il existe dans notre droit deux impignorations prohibées : la première est celle qui contient une convention usuraire (art. 2089), et la seconde celle que condamnent les art. 2078 al. 2 et 2088. Le contrat pignoratif peut se produire dans l'une ou dans l'autre hypothèse; nous allons l'examiner successivement sous ces deux faces.

Premier cas. *Contrat pignoratif déguisant une convention usuraire.* Je vous emprunte une somme de 10,000 fr. pour trois ans, et, pour garantie de ce prêt, je vous donne en nantissement un immeuble, dont le revenu net est de 1,000 fr. par an, en convenant avec vous que les fruits du fonds se compenseront avec les intérêts de ma dette : ce qui revient à vous allouer 10 pour cent d'intérêts pour le prêt que vous me faites. Nous avons ici une impignoration prohibée, en tant qu'elle dissimule une convention usuraire. Supposons que, pour dissimuler cette dissimulation, qui est un peu trop transparente, nous donnions à notre convention la forme suivante : « Je vous vends mon immeuble pour 10,000 fr., que vous me payez comptant, en me réservant la faculté de le racheter dans un délai de trois ans moyennant le remboursement de cette somme ». Ainsi il est bien entendu que ce que nous avons voulu faire en réalité, c'est un prêt sur antichrèse, accompagné d'une clause de compensation qui contient une convention usuraire ; la vente à réméré, on le suppose, n'est qu'un masque déguisant cette convention ; je n'ai jamais voulu vendre mon immeuble, et vous n'avez jamais voulu l'acheter. Ces faits étant prouvés, on appliquera aux parties la loi du contrat qu'elles ont voulu faire en réalité, et non de celui qu'elles ont fait en apparence. Ce serait vraiment trop facile, si, pour soustraire une convention à une prohibition légale, il suffisait de remplacer son vrai nom par un nom emprunté.

Voilà la première variante du contrat pignoratif : vente à réméré déguisant un prêt sur antichrèse, qui lui-même dissimule une convention usuraire.

Reste à savoir comment les juges, auxquels le contrat est soumis pour en apprécier la validité, arriveront à reconnaître le déguisement et par suite la fraude, à constater l'existence d'une impignoration sous le voile de la vente. On conçoit qu'il est impossible d'établir à cet égard des règles immuables; tout dépend des circonstances. Disons seulement que les principaux caractères, qui permettent en général de reconnaître l'impignoration, sont : 1° la vilité du prix, *vilitas pretii;* 2° la relocation de l'immeuble faite par l'acheteur apparent au prétendu vendeur, soit dans le contrat même, soit en dehors, mais à une époque voisine; 3° enfin l'habitude de l'usure chez l'acheteur apparent, *consuetudo fœnerandi.*

Deuxième cas. *Contrat pignoratif déguisant le pacte commissoire prohibé par les art.* 2078 *al.* 2 *et* 2088. Un acte écrit constate que je vous vends l'immeuble A moyennant une somme de 10,000 fr., que vous me payez comptant; l'acte ajoute que j'aurai le droit de reprendre mon immeuble en vous remboursant les 10,000 fr. dans un délai d'un an. C'est une vente à réméré, et elle sera valable si elle est sincère. Mais il se peut qu'elle déguise la convention suivante : Vous me prêtez 10,000 fr. pour un an; à titre de garantie de ce prêt, je vous donne en nantissement l'immeuble A, en convenant avec vous que, si je n'ai pas remboursé les 10,000 fr. à l'échéance, vous deviendrez propriétaire de l'immeuble, qui vous restera en paiement : ce qui est dans toute sa nudité le pacte commissoire prohibé par l'art. 2088.

Si telle est en réalité la convention que les parties ont voulu faire (et les juges ont sur ce point un pouvoir souverain d'appréciation), on n'est plus en face d'une vente à réméré, mais bien d'un contrat pignoratif. La convention est nulle. La vilité du prix de la vente et la relocation au vendeur sont encore ici les principaux signes qui trahiront le plus souvent l'impignoration. Cpr. Alger, 2 novembre 1885, Sir., 86. 2. 132. Il y avait de plus dans l'espèce de cet arrêt cette particularité remarquable et instructive que les frais de la vente avaient été mis à la charge du vendeur.

1046. Nous connaissons maintenant les avantages que l'antichrèse confère au créancier : droit de jouir de l'immeuble soumis à l'antichrèse, à la charge d'imputer le produit net de cette jouissance sur les intérêts et subsidiairement sur le capital de sa créance ; droit de retenir l'immeuble jusqu'au paiement intégral de la dette.

L'antichrésiste, à la différence du créancier gagiste, n'a pas de privilège. Comme tout autre créancier, il peut sans doute saisir l'immeuble qui lui est affecté ; mais, s'il prend ce parti, il perd tous les avantages que lui confère son droit d'antichrèse ; car, en pratiquant une saisie, qui conduira nécessairement à la vente de l'immeuble et à la mise en possession de l'acquéreur, il renonce implicitement à son droit de rétention ; le prix de l'immeuble sera donc distribué au marc le franc entre lui et les autres créanciers. Le résultat sera différent, si l'immeuble est saisi par les autres créanciers, en supposant bien entendu que l'antichrésiste ait rempli les formalités prescrites par la loi pour que son droit leur soit opposable. Ces créanciers, étant obligés de respecter le droit de l'antichrésiste, ne pourront le forcer à se dessaisir qu'à la condition de le payer préalablement ; ils n'auront donc le droit de s'attribuer, sur le prix de l'immeuble saisi et vendu à leur requête, que la portion de ce prix qui restera libre une fois l'antichrésiste payé ; de sorte que la situation de l'antichrésiste sera alors à peu près la même que s'il était privilégié.

1047. Il va de soi que l'antichrésiste a toujours le droit, même quand l'immeuble est saisi par lui, de faire valoir les privilèges ou hypothèques qui pourraient lui appartenir d'ailleurs sur cet immeuble.

Tout ce que nous venons de dire dans ce numéro et dans le précédent est exprimé ou sous-entendu dans l'art. 2091 : « *Tout ce qui est* » *statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers* » *pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse.* » — *Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds des privi-* » *lèges ou hypothèques légalement établis et conservés, il les exerce à son* » *ordre et comme tout autre créancier* ».

1048. C'est une question très discutée que celle de savoir si le droit de l'antichrésiste (droit de jouissance et droit de rétention) est personnel ou réel. On admet généralement qu'il est réel. Mais les deux arguments de texte, qu'on invoque en faveur de cette thèse, ne sont pas à notre avis aussi décisifs qu'on le dit. L'art. 446 du code de commerce, en déclarant nuls, quand ils ont été constitués depuis la

faillite ou dans les dix jours qui précèdent, les droits d'antichrèse... établis par le failli pour la garantie de dettes antérieurement contractées, prouve bien que l'antichrèse est un droit opposable aux autres créanciers du débiteur, mais il ne prouve pas que ce soit nécessairement un droit réel; car un droit personnel peut être opposable aux tiers, ainsi que nous l'avons vu pour le droit de bail sous l'art. 1743. Nous en dirons autant de l'art. 2-1° de la loi du 23 mars 1855, qui soumet à la transcription les actes constitutifs d'antichrèse. Nous voyons bien qu'il résulte de ce texte que le droit de l'antichrésiste est opposable aux tiers; mais prouve-t-il aussi clairement que ce soit un droit réel? L'art. 2-4° de la même loi soumet à la transcription les baux de plus de dix-huit ans; en conclura-t-on que ces baux confèrent un droit réel? Mais enfin, personnel ou réel, ce qui paraît incontestable, c'est que le droit de l'antichrésiste est opposable aux tiers, lorsqu'il a rempli les formalités prescrites pour la conservation de son droit, et c'est là le point capital. Aussi n'insisterons-nous pas plus longtemps sur cette question.

III. *Obligations du créancier antichrésiste.*

1049. 1° « *Le créancier est tenu, s'il n'en est autrement convenu, de* » *payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient* » *en antichrèse* » (art. 2086 al. 1).

2° « *Il doit également, sous peine de dommages et intérêts, pourvoir à* » *l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf* » *à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets* » (art. 2086 al. 2).

Les sommes que l'antichrésiste paie pour les contributions et autres charges annuelles, comme aussi celles qu'il dépense pour frais d'entretien et de conservation, viennent en déduction sur le montant des fruits qu'il perçoit, et l'excédent, constituant le profit net de l'antichrésiste, est seul soumis à l'imputation prescrite par l'art. 2085.

Le créancier peut renoncer à son droit d'antichrèse, et alors il se libèrera des diverses charges dont nous venons de parler : « *Mais le* » *créancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article* » *précédent, peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, con-* » *traindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble* » (art. 2087 al. 2). C'est le droit commun, et il n'y avait guère d'utilité à le consacrer par un texte formel.

3° Le créancier antichrésiste est obligé de restituer l'immeuble qu'il a reçu en nantissement, lorsque la dette à laquelle il était affecté est entièrement payée, ou éteinte par une autre cause, par exemple par la compensation ou par la novation. Si le créancier ne satisfait pas à cette obligation, il ne peut ni lui ni ses héritiers prescrire la propriété de l'immeuble par quelque laps de temps que ce soit, parce que sa possession est précaire (art. 2236), à moins cependant qu'il n'y ait eu interversion dans son titre (art. 2238).

Différences entre l'antichrèse et quelques autres droits.

1050. Différences entre l'antichrèse et le gage. — 1° L'antichrèse ne s'établit que par écrit (art. 2085); le gage, au moins en matière n'excédant pas 150 fr., peut être prouvé par témoins.

2° Le créancier gagiste a un privilège; l'antichrésiste n'en a pas.

3° L'antichrèse confère au créancier un droit de jouissance; il en est autrement du gage, sauf le cas où il a pour objet une créance (art. 2081).

1051. Différences entre l'antichrèse et l'usufruit. — 1° L'antichrèse a nécessairement sa source dans un contrat; l'usufruit peut dériver de la loi ou de la volonté de l'homme (art. 579).

2° L'usufruitier est tenu de fournir caution (art. 601); cette obligation n'est pas imposée au créancier antichrésiste.

3° L'usufruit peut être hypothéqué quand il porte sur un immeuble (art. 2118); *secus* de l'antichrèse.

4° L'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier; cette cause d'extinction n'est pas applicable à l'antichrèse.

1052. Différences entre l'antichrèse et l'hypothèque. — 1° L'antichrèse confère au créancier le droit de détenir l'immeuble qui lui est donné en nantissement et celui d'en jouir. Au contraire, l'hypothèque ne fait perdre au propriétaire ni la détention ni la jouissance de l'immeuble hypothéqué.

2° Le créancier hypothécaire a le droit de saisir et de faire vendre l'immeuble hypothéqué pour se faire payer par préférence sur le prix. Il en est autrement du créancier antichrésiste, dont la sûreté ne consiste qu'en un droit de rétention.

Appendice. — Théorie générale du droit de rétention.

1053. Nous venons de voir que le nantissement, sous ses deux formes, gage et antichrèse, engendre un droit de rétention. Le droit de rétention est en outre consacré, dans un assez grand nombre d'hypothèses particulières, par diverses dispositions éparses du code civil. Ainsi l'art. 1612 permet au vendeur de retenir la chose vendue jusqu'au paiement du prix, lorsque la vente a été faite sans terme; de même le dépositaire peut, d'après l'art. 1948, retenir la chose déposée jusqu'au paiement intégral de ce que le déposant lui doit à raison de cette chose. Voyez aussi les art. 867, 1613, 1673, 1749 et 2280.

Ces cas sont-ils les seuls dans lesquels il puisse y avoir lieu au droit de rétention? En d'autres termes, est-il possible de reconnaître le droit de rétention à un créancier, en l'absence d'un texte formel qui le lui accorde? Dans le cas de l'affirmative, sous quelles conditions un créancier pourra-t-il prétendre à cette faveur?

1054. Il existe sur cette matière une véritable anarchie dans la doctrine et dans la jurisprudence. On ne s'entend même pas sur la nature du droit de rétention. Les uns disent qu'il est personnel, et que par suite il ne peut produire d'effet qu'entre le créancier et le débiteur. D'autres prétendent qu'il est réel, et par conséquent opposable non seulement au débiteur, mais aussi aux tiers. Enfin quelques-uns semblent le considérer comme un droit d'une nature mixte, en ce

sens que, bien que personnel, il serait opposable aux tiers ou du moins à quelques-uns. L'opinion qui a triomphé dans la doctrine, à tort ou à raison, est celle de la réalité du droit. On admet en conséquence que celui auquel appartient le droit de rétention peut l'opposer aux tiers.

Si l'on accepte ce point de départ, il est difficile de ne pas reconnaître que le droit de rétention constitue une cause de préférence. En effet, grâce à lui, le créancier qui en est investi sera payé à l'exclusion des autres. Est-ce le débiteur qui veut reprendre sa chose sans payer sa dette ? le créancier paralysera son action en lui opposant son droit de rétention. Sont-ce les autres créanciers du débiteur qui veulent la saisir et la faire vendre pour se payer sur le prix ? Ils ne pourront forcer le rétenteur à se dessaisir au profit de l'adjudicataire qu'à la condition de souffrir, sur le prix d'adjudication, la déduction d'une somme suffisante pour payer le rétenteur. Sans doute le créancier, au profit duquel existe le droit de rétention, n'a pas un véritable privilège sur la chose ; il ne peut pas, comme le pourrait un créancier privilégié, réaliser son gage au moment qu'il lui plaît de choisir, pour se payer par préférence à tous autres sur le prix : en provoquant la vente de la chose, le créancier renoncerait implicitement à son droit de rétention, et perdrait par suite le bénéfice qui y est attaché ; il serait donc obligé de subir sur le prix le concours des autres créanciers. Mais il n'en est pas moins vrai que le droit de rétention met le créancier auquel il appartient dans une situation privilégiée. Qu'il s'arme de patience et sache attendre ! Tôt ou tard il arrivera que le débiteur se déterminera à réclamer la restitution de sa chose, ou ses autres créanciers à la saisir, et alors il faudra payer le rétenteur, puisque jusque-là on ne peut le forcer à se dessaisir. Le droit de rétention engendre donc, indirectement si l'on veut, mais indubitablement, une cause de préférence ; et, comme les causes de préférence constituent un droit d'exception, la règle générale étant que tous les créanciers sont sur la même ligne (art. 2093), on doit en conclure que le droit de rétention ne peut pas être accordé sans un texte. Il faut l'assimiler à cet égard au privilège, parce que, bien que par une voie un peu moins directe, il conduit au même résultat.

1055. Ce système, on le voit, est d'une extrême simplicité, nous ajouterons, et d'une grande solidité sur le terrain des principes. Qu'il ne donne pas toujours satisfaction à l'équité, en ce sens qu'il refuse le droit de rétention à des créanciers dont la cause paraît très favorable ; qu'il conduise à reconnaître dans la loi certains disparates, le droit de rétention se trouvant ainsi refusé à des créanciers qui sont dans une situation aussi favorable et peut-être plus favorable que d'autres auxquels la loi l'accorde : ce sont là assurément des objections d'un ordre secondaire. Au législateur seul il appartient de déterminer les causes de préférence ; et, s'il a rempli cette tâche d'une manière imparfaite, ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de réformer son œuvre. Son seul droit est de formuler une critique, dont le législateur de l'avenir pourra tenir compte.

Et cependant, le système que nous venons d'exposer n'a pas triomphé dans la doctrine. La plupart des auteurs admettent que le droit de rétention peut être accordé en dehors des cas expressément prévus par la loi, en vertu des règles de l'interprétation analogique. On s'efforce de démontrer que le droit de rétention n'est pas un privilège, ce que nous concédons, qu'il n'est même pas une véritable cause de préférence, ce que nous nions; puis on dit : « Tel étant le caractère du droit de rétention, rien ne s'oppose à ce qu'il soit étendu par analogie à des cas absolument semblables à ceux dans lesquels la loi l'accorde par un texte formel. Les dispositions de la loi sur le droit de rétention n'ont pas par leur nature le caractère limitatif. Ce ne sont que des applications particulières d'une théorie générale, que le législateur sans doute n'a formulée nulle part, mais qui existait dans son esprit et qu'il appartient à l'interprète de reconstruire avec les matériaux fournis par la loi elle-même. Cette théorie une fois trouvée, il ne restera plus qu'à en faire l'application aux cas prévus par la loi ».

Voilà le point de départ commun des dissidents : trouver la théorie générale du droit de rétention, dont la loi ne fait que des applications particulières, et adapter cette théorie aux différents cas non prévus par la loi. Si on veut les suivre sur ce terrain, on assiste dès le début à d'affligeantes divisions sur le point de savoir en quoi consiste cette théorie mystérieuse que la loi a laissé à l'interprète le soin périlleux de découvrir, puis finalement à la confusion de Babel quand, mettant en pratique cette théorie imaginaire, il s'agit d'arrêter ce que nous appellerions volontiers *la liste* DES CRÉANCIERS PRIVILÉGIÉS DE LA DOCTRINE à ajouter à celle des privilégiés de la loi. Nous ne ferons qu'esquisser ce célèbre débat.

1056. D'après les uns, une seule condition est nécessaire pour que le droit de rétention puisse être accordé à un créancier, savoir, qu'il y ait connexité entre la chose retenue et la créance du rétenteur, *debitum cum re junctum.* En d'autres termes, il faut et il suffit, pour que le détenteur de la chose d'autrui puisse prétendre au droit de rétention, que la dette, au sujet de laquelle il oppose ce droit, soit relative à la chose détenue, qu'elle ait pris naissance à l'occasion de cette chose. Cette condition se rencontre en effet dans toutes les hypothèses où la loi accorde le droit de rétention. Ainsi le dépositaire peut, d'après l'art. 1948, exercer le droit de rétention sur la chose déposée, pour ce que le déposant lui doit à raison de cette chose, par exemple pour impenses de conservation; mais il ne pourrait très certainement pas l'opposer pour une dette étrangère au dépôt, par exemple pour la dette résultant d'un prêt d'argent qu'il aurait fait au déposant. D'autres exigent, outre la condition du *debitum cum re junctum,* que la créance résulte d'un contrat ou tout au moins d'un quasi-contrat : interprétation fondée sur ce que le droit de rétention ne serait qu'une application particulière du principe général que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134). Enfin un auteur considère le droit de rétention comme une application particulière du principe posé par l'art. 1184, et même d'un principe plus général, savoir que « tout droit, qui a pour corrélatif une obligation, ne peut être exercé sans que cette obligation soit exécutée ». Si l'on demandait à l'auteur où il a trouvé ce prétendu principe! — Il y a bien d'autres variantes; nous n'indiquons que les principales.

Quant à la jurisprudence, tout ce que l'on peut dire, c'est qu'elle admet l'application extensive du droit de rétention; mais il nous semble difficile de dire d'après quelles règles et suivant quels principes. Trib. de Vervins, 14 août 1885, Sir., 85. 2. 220.

Il n'y a qu'un seul moyen d'éviter ces dissidences : c'est de s'en tenir à l'application rigoureuse des *principes;* nous voulons parler des vrais principes, et non de toute proposition qu'il plaît à un auteur d'appeler de ce nom. Chacun commence ici

par forger un principe. Or, s'il en est un aussi incontestable qu'incontesté, c'est celui que les droits de préférence ne peuvent être accordés que par la loi, et que les dispositions qui les établissent doivent s'interpréter restrictivement. Il faut s'y tenir ferme, et décider en conséquence que le droit de rétention ne peut être invoqué que par ceux auxquels un texte formel l'accorde.

1057. A cette doctrine sévère, nous proposons toutefois une restriction, au risque de compliquer encore par une distinction nouvelle cette matière où règne une si grande confusion. Le droit de rétention nous paraîtrait pouvoir être accordé en vertu de l'interprétation analogique, lorsqu'il s'agit d'un créancier dont la créance est garantie par un privilège. Ainsi nous accorderions le droit de rétention à l'ouvrier sur la chose qu'il a réparée, pour le paiement de son salaire; les impenses de conservation sont en effet privilégiées (art. 2102-3°). Le droit de rétention ne constitue pas ici une cause de préférence pour celui auquel il est accordé; il n'est que l'accessoire, l'auxiliaire de son privilège, et on peut facilement admettre qu'il a été sous-entendu à son profit par le législateur, qui l'accorde dans des situations moins favorables à des créanciers auxquels il refuse le privilège. Cpr. *supra,* n. 819.

TITRE XVIII

Des privilèges et hypothèques.

1058. Notions historiques. — I. En droit romain, les hypothèques étaient occultes. Elles pouvaient d'ailleurs être établies sur la généralité des biens présents et à venir du constituant, et garantir des créances même indéterminées. Le droit romain ne connaissait donc ni le principe de la *publicité* ni le principe de la *spécialité,* qui constituent, comme on le verra plus loin, la double base de notre régime hypothécaire actuel.

II. Les traditions du droit romain furent suivies dans notre ancien droit, mais toutefois avec d'importantes modifications. Voici les principales : 1° les meubles n'étaient pas en général considérés comme susceptibles d'hypothèques; 2° la constitution d'hypothèque était soumise à certaines formes prescrites à peine de nullité; 3° tout acte notarié constatant une obligation emportait de plein droit hypothèque générale sur les biens présents et à venir du débiteur, « quand même, dit Pothier, la convention d'hypothèque n'y serait pas exprimée, parce qu'étant d'usage dans ces actes, elle y est sous-entendue suivant la maxime *In contractibus tacite veniunt quæ sunt moris et consuetudinis* ». — Il faut noter cependant que certaines provinces du nord, appelées pays *de saisine* ou *de nantissement,* avaient admis un régime hypothécaire assis sur des bases tout à fait différentes, et dont le trait caractéristique était la nécessité de faire inscrire l'hypothèque sur un registre à ce destiné; en l'absence de cette formalité, l'hypothèque ne pouvait pas être opposée aux tiers.

III. Notre droit intermédiaire inaugura en matière hypothécaire un régime, qui est tout à fait le contrepied de celui du droit romain et qu'il emprunta pour partie à la législation des pays de saisine et de nantissement. Une loi du 9 messidor an III commence par poser le principe de la publicité, et crée, pour le mettre en pratique, des conservations hypothécaires (une par chaque arrondissement communal), dans lesquelles doivent être tenus les registres destinés à l'inscription des hypothèques, formalité sans l'accomplissement de laquelle les hypothèques ne peuvent pas être opposées aux tiers. Puis vient la loi du 11 brumaire an VII, célèbre entre toutes dans les annales du régime hypothécaire, qui ajoute au principe de la publicité celui de la spécialité. Ce nouveau principe consiste en ce que l'acte constitutif d'hypothèque doit, d'une part, indiquer le montant de la créance garantie par l'hypothèque, et d'autre

part, désigner d'une manière spéciale l'immeuble ou les immeubles affectés à l'hypothèque. A dater de cette époque, il fut possible aux intéressés de mesurer avec quelque précision le crédit hypothécaire d'un débiteur; cela était impossible sous le régime de clandestinité admis par la législation antérieure.

IV. Le régime hypothécaire, organisé par notre droit intermédiaire et fondé sur la double base de la publicité et de la spécialité, est tellement supérieur à celui du droit romain et de notre ancien droit qu'on ne comprend guère comment, lors de la rédaction du code civil, une discussion put s'engager sur le point de savoir auquel des deux systèmes il fallait donner la préférence. Fort heureusement, les partisans de la publicité et de la spécialité l'ont emporté.

Ce n'est pas à dire pour cela que nos législateurs nous aient doté d'un régime hypothécaire irréprochable; là, au contraire, est le côté faible de leur œuvre. Aussi plusieurs législateurs qui nous ont emprunté notre code civil l'ont-ils modifié sur ce point. Parmi ces réformes, la plus célèbre est celle qui a été opérée en Belgique par la loi du 16 décembre 1851. Plus habile ou plus heureux que nous, le législateur belge a ainsi réalisé une entreprise que nous avons inutilement tentée à plusieurs reprises.

Disons cependant que d'importantes améliorations ont été apportées à notre législation hypothécaire par des lois de date relativement récente, dont les principales sont la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, dont l'art. 9 vient d'être complété par la loi du 14 février 1889, et la loi du 21 mai 1858 portant modification de plusieurs articles du code de procédure civile. Mentionnons aussi les lois des 10 décembre 1874 et 10 juillet 1885, relatives à l'hypothèque maritime, et les lois des 12 février 1872 et 19 février 1889, relatives à la restriction du privilège du bailleur. Mais ces réformes sont insuffisantes, et le mieux serait de procéder, comme en Belgique, à une refonte complète de cette partie de notre législation.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

1059. Un vieil adage dit : « Qui s'oblige oblige le sien ». Notre législateur en a rajeuni la formule dans l'art. 2092, ainsi conçu : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ».

Ainsi, tout créancier a un droit de gage général sur les biens de son débiteur *personnellement engagé envers lui :* ce qui signifie que tous les biens du débiteur répondent de sa dette, et que le créancier peut les saisir et les faire vendre afin d'obtenir le paiement de ce qui lui est dû.

1060. Pour que le principe de l'art. 2092 soit applicable, il faut et il suffit que le débiteur soit tenu personnellement.

a. Il *faut* que le débiteur soit tenu personnellement. Si donc il n'est tenu que *propter rem,* c'est-à-dire uniquement en qualité de détenteur d'une certaine chose spécialement affectée au créancier qui le poursuit, il sera quitte en abandonnant cette chose; le créancier ne pourra pas s'attaquer à ses autres biens. Telle est la situation de celui qui détient un immeuble hypothéqué à la dette d'autrui, par conséquent à une dette dont il n'est pas débiteur personnel. C'est la

chose qui doit plutôt que la personne du détenteur, *res non persona debet,* ou, si l'on veut, le détenteur ne doit qu'à cause de la chose qu'il détient, *propter rem et occasione rei.* Son obligation disparaîtra donc avec sa cause, c'est-à-dire avec la possession de la chose. La loi l'autorise à délaisser l'immeuble hypothéqué, à *déguerpir,* comme on disait autrefois, et alors le créancier n'a plus rien à lui demander.

b. — Il *suffit,* pour que l'art. 2092 s'applique, que le débiteur soit tenu personnellement, quelle que soit d'ailleurs la source de son obligation : contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit, loi. L'article se sert donc de termes trop restrictifs, tout le monde le reconnaît, quand il parle du débiteur qui s'EST *obligé personnellement :* ce qui ne fait allusion qu'aux obligations résultant de la volonté ou tout au moins du fait du débiteur, principalement aux obligations résultant des contrats. Il aurait mieux valu dire : « Quiconque *est* obligé personnellement ». La loi a voulu tout simplement opposer le cas où le débiteur est tenu personnellement à celui où il n'est tenu que *propter rem.*

1061. On a formulé contre l'art. 2092 une autre critique. Il y a certains biens que des dispositions législatives spéciales déclarent insaisissables et qui se trouvent ainsi soustraits au droit de gage général des créanciers : tels sont les droits d'usage et d'habitation (arg. art. 631 et 634), les immeubles dotaux (art. 1554), les objets énumérés dans les art. 580 à 582 et 592 C. pr., les rentes sur l'Etat (art. 581 C. pr. combiné avec l'art. 4 de la loi du 8 nivôse an VI)... L'art. 2092 aurait dû, dit-on, mentionner ces exceptions. La Faculté de droit de Caen s'est faite l'écho de cette critique, lors du projet de réforme hypothécaire qui a été élaboré en 1841 ; elle proposait d'ajouter à la fin de l'art. 2092 ces mots : « sauf les exceptions admises par la loi ». Cela n'est-il pas de droit, et par suite cette addition ne serait-elle pas inutile?

Sauf les exceptions qui viennent d'être indiquées, tous les biens du débiteur engagé personnellement répondent de sa dette, biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, *présents* ou *à venir.* Les biens présents (*hoc sensu*) sont ceux que le débiteur possède à l'époque où son obligation prend naissance ; les biens à venir, ceux qui lui adviennent postérieurement. Le créancier peut donc s'attaquer à l'un quelconque des biens appartenant actuellement à son débiteur pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû. Il procèdera par voie de saisie mobilière ou immobilière, suivant la nature des biens. En règle générale, le choix des biens à saisir appartient au créancier, à moins que la loi n'ait décidé le contraire, comme elle l'a fait notamment dans les cas prévus par les art. 2205, 2206, 2209, 2212.

Mais un créancier ne peut pas s'attaquer aux biens qui ont appartenu

à son débiteur et qui sont sortis de son patrimoine par une aliénation faite sans fraude. Cette règle souffre toutefois exception à l'égard du créancier, qui a une hypothèque ou un privilège sur un immeuble et qui s'est conformé aux prescriptions de la loi pour la conservation de son droit à l'égard des tiers : il jouit, comme nous le verrons plus tard, du droit de suite.

1062. Supposons un débiteur dont le passif excède l'actif; ses biens ne suffisent pas pour payer toutes ses dettes; comment se règleront les droits de ses divers créanciers?

Deux hypothèses doivent être distinguées.

Première hypothèse. Il n'existe de cause de préférence au profit d'aucun créancier; tous sont *chirographaires* ou *cédulaires* (1). Cette hypothèse est régie par l'art. 2093, ainsi conçu : « *Les biens du débi-* » *teur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue* » *entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers* » *des causes légitimes de préférence* ». On établira donc entre tous les créanciers une contribution proportionnelle; ils viendront tous au marc le franc, *au sol la livre,* comme disaient nos anciens. L'insolvabilité du débiteur sera ainsi répartie entre tous ses créanciers; chacun la supportera proportionnellement au montant de sa créance, sans que les créanciers les plus anciens obtiennent la préférence sur les plus récents. C'est la loi de l'égalité qu'on leur applique, de l'égalité proportionnelle, qui est la vraie égalité. Ce qui est très juste en définitive; car tous les créanciers, étant ici de même condition, doivent être traités de la même manière. En n'exigeant pas de sûretés spéciales du débiteur, les créanciers ont tous suivi sa foi au même titre : son insolvabilité est un sinistre commun, qui doit peser sur tous sans distinction d'un poids égal. C'est la personne seule du débiteur qui se trouve engagée ; ses biens ne le sont que par voie de conséquence, et la personne ne peut répondre que de la même manière pour tous.

Deuxième hypothèse. Il existe des causes de préférence au profit de certains créanciers. Ces créanciers seront payés avant les autres, et ceux-ci se partageront au marc le franc le prix du surplus des biens.

Quelles sont les causes de préférence? « *Les causes légitimes de pré-* » *férence* », dit l'art. 2094, « *sont les privilèges et hypothèques* ». Il faut ajouter le droit de rétention, dont nous avons déjà parlé. Il y a donc trois classes de créanciers non chirographaires, savoir : les créanciers privilégiés, les créanciers hypothécaires et les créanciers ayant un

(1) Le mot *chirographaire* vient de *chirographum,* qui lui-même est dérivé des mots grecs χειρ et γραφω et désigne un écrit sous seing privé. Le mot *cédulaire* vient de *cédule, cedula,* qui signifie *obligation sous seing privé.* C'est qu'en effet les créanciers dont il s'agit, quand ils ont un titre, n'ont en général qu'un titre sous seing privé.

droit de rétention. La loi va s'occuper des privilèges et des hypothèques ; quant au droit de rétention, nous savons qu'elle n'en a nulle part établi la théorie générale (*supra,* n. n. 1053 et s.).

1062 *bis.* Le droit de préférence résultant soit du privilège, soit de l'hypothèque, s'exerce sur le prix de la chose. Arg. art. 2093 et 2094. Il faut donc vendre cette chose. La vente a lieu suivant les formes réglées par les lois sur la procédure.

Supposons que le bien grevé du privilège ou de l'hypothèque vienne à périr; ce bien était assuré contre l'événement qui en a amené la perte. Le créancier privilégié ou hypothécaire pourra-t-il exercer son droit de préférence sur l'indemnité due par l'assureur? Ainsi j'ai hypothèque sur une maison qui est assurée contre l'incendie; la maison brûle. Pourrai-je exercer mon droit de préférence sur l'indemnité due par la compagnie d'assurances ? Le privilège ou l'hypothèque s'éteint par la perte de la chose, donc aussi le droit de préférence qui y est attaché (v. art. 2180, et *infra* n. 1510). D'un autre côté, l'indemnité d'assurance n'est pas le prix de la chose assurée ; elle n'est que la contre-valeur aléatoire des primes que la compagnie a stipulées de l'assuré. En effet, le contrat d'assurance se réduit à ceci : L'assuré s'engage à payer annuellement à la compagnie une *prime,* qui constituera le bénéfice de la compagnie, si le bien assuré ne périt pas pendant la durée du délai que les parties ont assigné au contrat d'assurance, ou s'il périt par un événement autre que celui contre lequel il est assuré ; en retour, la compagnie s'oblige, pour le cas où le bien assuré périrait dans certaines conditions déterminées, à payer à l'assuré une somme qui peut être égale à la valeur du bien, sans jamais la dépasser. La règle d'après laquelle le droit de préférence s'exerce sur le *prix* de la chose, ne permet donc pas au créancier privilégié ou hypothécaire de demander que l'indemnité d'assurance lui soit attribuée à l'exclusion des autres créanciers. Ce droit ne peut lui appartenir qu'en vertu d'une *subrogation* ou *délégation.* Sous l'empire du code civil, cette subrogation ne pouvait être que conventionnelle. En d'autres termes, le créancier privilégié ou hypothécaire ne pouvait, au cas de perte du bien affecté à son privilège ou à son hypothèque, se payer sur l'indemnité d'assurance à l'exclusion des autres créanciers de l'assuré, qu'autant qu'il s'était fait céder la créance de l'assuré contre l'assureur. Cette stipulation était fréquente dans les contrats hypothécaires, où elle était presque devenue de style. Elle devient inutile aujourd'hui : la loi la sous-entend. En effet, l'art. 2 de la loi du 19 février 1889 porte : « Les indemnités dues par suite d'assu-
» rances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des
» bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait

» besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypo-
» thécaires suivant leur rang. — Néanmoins, les paiements faits de
» bonne foi avant opposition sont valables ». Disposition excellente. N'est-il pas juste en effet que l'indemnité qui représente dans le patrimoine du débiteur la chose périe, soit employée d'abord à désintéresser les créanciers qui avaient un droit de préférence sur cette chose ? Autrement le sinistre profiterait aux autres créanciers du débiteur, qui viendraient sur l'indemnité au marc le franc avec les créanciers privilégiés ou hypothécaires, alors qu'ils seraient primés par ceux-ci sur le prix de la chose, si elle existait encore dans le patrimoine du débiteur.

La même pensée a dicté la disposition de l'art. 3 al. 1, ainsi conçu : « Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le loca-
» taire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du
» code civil ». J'ai hypothèque sur une maison; cette maison est incendiée. L'indemnité, qui peut être due au propriétaire soit par le locataire de la maison aux termes de l'art. 1733, soit par le propriétaire ou le locataire de la maison voisine qui a communiqué l'incendie, est substituée de plein droit par la loi à la maison hypothéquée. Je pourrai donc exercer sur cette indemnité le droit de préférence résultant de mon hypothèque.

La loi ne parlant que des créanciers « privilégiés ou hypothécaires », le bénéfice des deux dispositions que nous venons d'analyser ne pourrait pas être invoqué par un créancier qui n'a qu'un simple droit de rétention, par exemple par un créancier antichrésiste.

La loi ajoute (art. 3 al. 2) : « En cas d'assurance du risque locatif
» ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants droit ne pourront
» toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de
» l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été
» désintéressés des conséquences du sinistre ».

Ce texte prévoit deux hypothèses :

Première hypothèse. Je suis locataire d'une maison ; je fais assurer mon risque locatif; la maison vient à brûler. L'indemnité qui m'est due par la compagnie, servira d'abord à désintéresser le propriétaire de la maison, dans la mesure où je suis responsable envers lui en vertu de l'art. 1733. La loi le subroge dans mes droits contre la compagnie, probablement sur le fondement d'une convention tacite.

Deuxième hypothèse. Propriétaire ou locataire d'une maison, je me fais assurer contre le recours du voisin. La maison brûle et met le feu à la maison voisine dont le propriétaire se retourne contre moi en vertu de l'art. 1382. L'indemnité qui m'est due par la compagnie d'as-

surance servira d'abord à désintéresser le voisin. La loi le subroge également dans mes droits contre la compagnie. Mais ici nous n'apercevons plus bien clairement le fondement juridique de cette faveur légale.

L'art. 4 contient une disposition transitoire qu'il suffira de transcrire : « Les » dispositions de l'article 2 ne préjudicieront pas aux droits des intéressés dans le » cas où l'indemnité aurait fait l'objet d'une cession éventuelle à un tiers, par acte » ayant date certaine au jour où la présente loi sera exécutoire, à la condition » toutefois que le transport, s'il n'a pas été notifié antérieurement en conformité de » l'article 1690 du Code civil, le soit au plus tard dans le mois qui suivra ».

CHAPITRE II

DES PRIVILÈGES

I. *Caractères généraux du privilège.*

1063. Nous avons une définition légale du privilège : « *Le privilège » est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être » préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* » (art. 2095).

= *La qualité de la créance.* C'est-à-dire la faveur dont elle jouit. Et, comme une question de faveur ne peut être résolue que par la loi, il en résulte que la loi seule peut créer des privilèges ; la convention des parties est impuissante à en établir. Cette règle souffre toutefois exception en ce qui concerne le privilège du créancier gagiste. On dira, si l'on veut, qu'il a sa source, lui aussi, dans la loi qui le sanctionne ; il reste toujours qu'à la différence des autres il a sa cause immédiate dans la convention des parties, et, si la loi intervient, ce n'est que pour ratifier leur œuvre.

= *D'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.* Le privilège engendre donc un droit de préférence, en vertu duquel le créancier privilégié est payé avant tous les autres. En outre le privilège, au moins quand il porte sur des immeubles, est armé, comme d'ailleurs l'hypothèque, d'un droit de suite, qui permet au créancier de poursuivre son gage entre les mains du détenteur, quel qu'il soit.

1064. Maintenant, supposons plusieurs créanciers ayant privilège sur le même bien ; comment se règlera leur situation respective ? Il faut distinguer si les créanciers sont de même rang ou de rangs différents ?

a. — *Les créanciers privilégiés sont de même rang.* — Si la valeur des biens affectés par privilège à ces divers créanciers ne suffit pas pour les désintéresser tous intégralement, ils viendront au marc le franc, alors même que leurs créances seraient de dates différentes. *Privilegiatus non habet privilegium contra æque privilegiatum.* L'art. 2097 ne fait guère que reproduire cette ancienne règle, quand il dit : « *Les » créanciers privilégiés qui sont dans le même rang, sont payés par con- » currence* ». Ainsi les fournisseurs de subsistances sont privilégiés

sur la généralité des meubles du débiteur, aux termes de l'art. 2101-5°; s'il y en a plusieurs et que les biens affectés à leur privilège aient une valeur insuffisante pour les désintéresser tous, ils seront payés au marc le franc.

b. — *Les créanciers privilégiés sont de rangs différents.* — Alors s'applique l'art. 2096 : « *Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges* ». Le classement des privilèges, comme leur concession, ne peut donc être que l'œuvre de la loi, toujours parce qu'il s'agit d'une question de qualité entre les différentes créances et que la loi est seule compétente pour la résoudre. Par exemple les frais de justice, les frais funéraires et les frais de la dernière maladie sont privilégiés, aux termes de l'art. 2101, sur la généralité des meubles du débiteur. En cas d'insuffisance, les frais de justice seront payés par préférence aux frais funéraires, et ceux-ci par préférence aux frais de la dernière maladie; car tel est le classement établi par l'art. 2101. Malheureusement la loi n'a pas prévu tous les cas de concours qui peuvent se présenter; de là, comme on le verra plus loin, bien des incertitudes.

Ainsi, les créanciers privilégiés qui sont « dans le même rang » sont payés par concurrence; ceux qui sont dans des rangs différents sont payés suivant l'ordre établi par la loi, d'après le degré de faveur que méritent leurs créances. Dans l'un comme dans l'autre cas, on n'a pas égard à la date des différentes créances. « *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa; et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint* » (L. 32, D., *De reb. auct. judic. poss...*).

Reste à savoir ce qu'on doit entendre par créanciers qui sont « dans le même rang » (art. 2097). Il ne faut pas toujours considérer comme tels les créanciers dont le privilège résulte d'une même disposition législative, mais bien ceux qui sont privilégiés au même titre et qui ont par conséquent une créance d'égale qualité. C'est ainsi que les moissonneurs ne sont pas « dans le même rang » que le vendeur de semences, bien que leur privilège résulte d'une même disposition législative, l'art. 2102-1° al. 4; les moissonneurs, comme on le verra plus tard, seraient payés avant le vendeur de semences. De même, plusieurs ouvriers, qui ont réparé successivement un même objet mobilier, sont bien privilégiés en vertu d'une même disposition législative, l'art. 2102-3°, et cependant ils ne sont pas dans le même rang : celui qui a travaillé en dernier lieu sera préféré à celui qui le précède immédiatement, et ainsi de suite.

1065. Aux termes de l'art. 2098 : « *Le privilège, à raison des droits du Trésor » royal, et l'ordre dans lequel il s'exerce, sont réglés par les lois qui les concernent. » — Le Trésor royal ne peut cependant obtenir de privilège au préjudice des droits » antérieurement acquis à des tiers* ».

Les lois qui régissent les privilèges du trésor public étant sujettes à changer, le législateur n'a pas voulu leur donner asile dans le code civil qui personnifie la stabilité en matière législative. A ce titre et à d'autres encore, elles trouvent naturellement leur place dans le droit administratif.

La partie finale de l'article ne signifie pas que le privilège du fisc sur les biens des

comptables serait primé par les hypothèques inscrites antérieurement à la naissance du privilège (ainsi entendu, l'art. 2098 dérogerait sans motif à l'art. 2095), mais bien qu'une loi nouvelle ne pourrait pas concéder un nouveau privilège au fisc, au préjudice de droits antérieurement acquis à des tiers, application assez inutile du principe de non-rétroactivité écrit en l'art. 2.

II. *Caractères généraux de l'hypothèque.*

1066. *Hypothèque* vient de υπο θηκη, *mise en dessous,* c'est-à-dire *soumission de la chose à une créance.* Voilà pour l'étymologie. Quant à la définition, nous la trouvons dans l'art. 2114 al. 1 : « *L'hypothèque* » *est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obli-* » *gation* ». Elle engendre au profit du créancier un droit de préférence, qui lui donne le pas sur les autres créanciers, et en outre un droit de suite, en vertu duquel il peut suivre son gage en quelques mains qu'il passe (art. 2114 al. 3).

III. *Comparaison du privilège et de l'hypothèque.*

1067. Nous sommes en mesure à présent d'indiquer les principales différences entre le privilège et l'hypothèque.

1° Le privilège est attaché à la qualité de la créance; l'hypothèque au contraire en est indépendante. On s'explique ainsi très facilement que la convention des parties puisse donner naissance à l'hypothèque, tandis qu'elle ne peut pas (sauf l'exception relative au gage) créer un privilège : il s'agit d'une question de qualité, et la loi seule peut la juger.

Et toutefois cette différence n'est pas essentielle. Il y a en effet des hypothèques qui sont certainement attachées à la qualité de la créance : ce sont les hypothèques légales.

2° Les privilèges peuvent porter sur des meubles aussi bien que sur des immeubles (art. 2099); les hypothèques ne peuvent être établies que sur des immeubles (art. 2118).

3° L'hypothèque engendre un droit de préférence, de même que le privilège. Mais le droit de préférence résultant du privilège est supérieur à celui qu'engendre l'hypothèque (art. 2095); en d'autres termes, étant donnés deux créanciers, qui ont sur le même bien, l'un un privilège, l'autre une hypothèque, le créancier privilégié passera le premier, lors même que son privilège serait de date postérieure.

Cependant cette règle souffre exception, lorsque l'hypothèque a été consentie sur un immeuble précisément par celui au profit de qui la loi établit le privilège sur ce même immeuble. Ainsi j'hypothèque un immeuble dont je suis propriétaire, puis je le vends. Mon privilège de vendeur sera primé par l'hypothèque que j'ai consentie; car je ne puis pas par mon fait, en vendant l'immeuble, faire naître à mon profit un droit de préférence supérieur à celui que j'ai moi-même conféré sur cet immeuble.

4° Entre plusieurs créanciers privilégiés sur un même bien, on ne tient pas compte, en principe tout au moins, pour régler l'ordre des

préférences, de la date des différentes créances, mais seulement de leur qualité telle qu'elle est déterminée par la loi ; *privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa.* On suit en matière d'hypothèques un principe opposé : l'ordre des dates détermine l'ordre des préférences ; *prior tempore, potior jure.* Ce qui doit s'entendre toutefois de la date des inscriptions, et non de la date des créances ou de celle des constitutions d'hypothèques : on colloque les divers créanciers hypothécaires d'après l'ordre de leurs inscriptions, en mettant au premier rang le créancier dont l'inscription est la plus ancienne (art. 2134).

La règle qu'on ne se préoccupe pas de l'ordre des dates pour classer les divers privilèges s'applique, soit entre créanciers privilégiés de même rang, soit entre créanciers privilégiés de rangs différents. S'agit-il de créanciers qui sont dans le même rang? on les paie par concurrence, sans distinction entre les plus anciens et les plus récents. Au contraire, le concours s'engage-t-il entre divers créanciers privilégiés qui sont dans des rangs différents? on paie d'abord, non pas le plus ancien, mais le plus favorable, et il arrivera ainsi souvent que le créancier le plus récent sera préféré au plus ancien ; *interdum posterior potior est priori.* C'est ainsi que la créance des frais de justice prime toutes les autres créances privilégiées (art. 2101), bien que dans l'ordre des dates elle soit ordinairement la dernière.

IV. *Division des privilèges.*

1068. « *Les privilèges peuvent être sur les meubles ou sur les immeu-* » *bles* » (art. 2099).

Il existe plusieurs différences entre les privilèges sur les meubles et les privilèges sur les immeubles.

1° Les privilèges sur les immeubles sont assujettis à des formalités spéciales pour leur conservation. Aucune formalité n'est requise pour la conservation des privilèges qui portent sur les meubles.

2° Les privilèges sur les immeubles engendrent un droit de préférence et un droit de suite. Les privilèges sur les meubles n'engendrent qu'un droit de préférence, sauf une exception relative au privilège du locateur (art. 2102-1° *in fine*), exception sur laquelle nous nous expliquerons plus tard.

L'absence du droit de suite pour les privilèges portant sur les meubles tient à la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279), qui ne permet pas dans notre droit d'inquiéter le possesseur de bonne foi d'un objet mobilier corporel.

1069. Qu'ils portent sur les meubles ou sur les immeubles, les privilèges ne sont en général assujettis pour leur acquisition à aucune condition de forme ; ils sont attachés à une créance, et prennent naissance en même temps qu'elle. Il suffira donc au créancier, pour démontrer l'existence de son privilège, de prouver sa créance, preuve qu'il fera conformément au droit commun. Cette règle toutefois ne s'applique pas au privilège du créancier gagiste. V. art. 2074 et s.

1070. Les privilèges constituent une exception au droit commun.

On doit en conclure, d'une part, que le privilège ne peut résulter que d'un texte, et, d'autre part, que toute disposition établissant un privilège doit recevoir l'interprétation restrictive, d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis ;* nous avons déjà trouvé plusieurs fois l'occasion d'appliquer ce principe. On ne saurait donc étendre un privilège par analogie d'un cas prévu à un autre non prévu.

SECTION PREMIÈRE

DES PRIVILÈGES SUR LES MEUBLES

1071. Les privilèges sur les meubles se divisent en privilèges portant sur la généralité des meubles du débiteur, ou privilèges généraux, et privilèges portant sur certains meubles déterminés, ou privilèges spéciaux. « *Les privilèges sont ou généraux, ou particuliers sur* » *certains meubles* », dit l'art. 2100.

§ I. *Des privilèges généraux sur les meubles.*

1072. « *Les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont* » *celles ci-après exprimées, et s'exercent dans l'ordre suivant : — 1° Les* » *frais de justice; — 2° Les frais funéraires ; — 3° Les frais quelconques* » *de la dernière maladie, concurremment entre ceux à qui ils sont dus ; —* » *4° Les salaires des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû* » *sur l'année courante; — 5° Les fournitures de subsistances faites au* » *débiteur et à sa famille; savoir, pendant les six derniers mois, par les* » *marchands en détail, tels que boulangers, bouchers et autres, et pendant* » *la dernière année, par les maîtres de pension et marchands en gros* ». Ainsi s'exprime l'art. 2101.

Ce texte ne contient pas seulement une énumération, mais en outre un classement des diverses créances privilégiées sur la généralité des meubles : chacune de ces créances doit être payée suivant son numéro d'ordre (argument des mots : *et s'exercent dans l'ordre suivant,* art. 2101 al. 1). C'est là un point capital.

Etudions en détail chacune des différentes créances énumérées par l'art. 2101.

N° 1. Frais de justice.

1073. L'expression *frais de justice* comprend ici non seulement les frais qui sont faits *en justice* dans l'intérêt commun des créanciers, pour la conservation, le recouvrement, la liquidation, la réalisation des biens du débiteur et la distribution entre les créanciers du prix en provenant, comme les frais faits en justice pour revendiquer un bien du débiteur possédé par un tiers, les frais de saisie, de vente forcée des biens, d'ordre et de distribution des deniers, mais en outre certains frais *extrajudiciaires,* tels que les frais de scellés et d'inventaire, qui

sont les premiers à exposer lorsque les créanciers veulent recourir aux voies judiciaires contre leur débiteur. Cela est de tradition, et le législateur a consacré la tradition en cette matière ; les travaux préparatoires en font foi. *Adde* arg. art. 558 C. co.

En cas d'insuffisance des biens du débiteur, les diverses créances, comprises sous la dénomination commune de *frais de justice,* seraient payés par concurrence (arg. art. 2097). Il y a toutefois exception à cette règle pour les frais faits par l'officier ministériel qui a procédé à la vente des biens du débiteur. Il a le droit, aux termes de l'art. 657 du code de procédure civile, de *déduire* ses frais sur le prix de la vente, ce qui lui permet de se payer avant tous autres.

1074. La loi privilégie les frais de justice, parce que, ces frais étant faits dans l'intérêt commun des créanciers, pour parvenir à la réalisation et à la distribution de l'actif du débiteur, il est juste que les créanciers en souffrent le prélèvement sur les biens qui leur servent de gage ; personne ne doit refuser la restitution d'avances utilement faites dans son intérêt. Le privilège des frais de justice a donc pour fondement une gestion d'affaire utile à tous les créanciers.

De là il suit que les frais, qui auraient été faits, non pas dans l'intérêt commun des créanciers, mais dans l'intérêt particulier d'un seul, ne jouiraient pas du privilège. Tels seraient les frais avancés par un créancier pour acquérir un titre exécutoire ou pour faire reconnaître sa créance qui est contestée.

Il en résulte encore que, si certains frais, faits dans l'intérêt de la généralité des créanciers, se trouvaient par accident n'avoir pas été utiles à un ou à quelques-uns d'entre eux, ils ne seraient pas privilégiés par rapport à ceux-ci. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'art. 662 du code de procédure civile, qui contient une application remarquable de ce principe. Ce texte, supposant que les meubles d'un locataire ont été saisis et vendus à la requête de ses créanciers et qu'il s'agit de procéder à la distribution du prix provenant de la vente, décide que *les frais faits pour parvenir à cette distribution* seront prélevés par privilège avant toute créance *autre que celle pour loyers dus au propriétaire.* Voilà donc des frais de justice qui sont privilégiés par rapport à tous les créanciers, sauf le locateur de la maison qu'occupait le débiteur. Pourquoi cette exception au profit du locateur ? Parce que, le locateur pouvant, aux termes de l'art. 661 du code de procédure civile, faire statuer préliminairement sur son privilège, pour raison des loyers à lui dus, par simple procédure de référé, les frais faits pour opérer la distribution des deniers lui sont complètement inutiles. Mais les frais de saisie et de vente du mobilier seraient privilégiés, même par rapport au locateur ; car ils lui ont profité.

N° 2. Frais funéraires.

1075. Ce privilège a pour but d'assurer aux morts une sépulture décente, qu'ils n'obtiendraient peut-être pas toujours si ceux qui font les frais funéraires n'étaient pas sûrs d'être payés. Il a été établi aussi dans l'intérêt des vivants ; car la salubrité publique exige que les cadavres ne restent pas sans sépulture, *ne corpora insepulta jacerent.*

Que faut-il entendre par *frais funéraires ?* Cette expression comprend *quidquid impensum est propter funus,* notamment les frais faits pour la levée, le transport et l'inhumation du corps, et aussi, suivant l'opinion

générale, les émoluments de la fabrique et les honoraires des ministres du culte.

Mais il nous paraît difficile d'appliquer le privilège aux frais de l'achat dans le cimetière d'un terrain destiné à la sépulture, et surtout à ceux faits pour l'érection d'un monument au défunt. Ce serait étendre à notre avis les mots *frais funéraires* au delà de leur sens naturel, contrairement à la règle d'interprétation restrictive qui est de droit en matière de privilèges. D'ailleurs des dépenses de ce genre sont toujours somptuaires pour un homme mort insolvable, et les motifs sur lesquels le privilège est fondé prouvent que ce n'est pas à des dépenses de ce genre que le législateur a entendu l'attacher.

Il paraîtrait plus difficile encore, malgré l'autorité de Pothier qui adoptait une solution contraire, de considérer le privilège dont il s'agit comme attaché à la créance de la veuve contre la succession de son mari pour son deuil (art. 1481). Ce n'est pas là une dépense faite *propter funus*.

Un débiteur insolvable ordonne la sépulture d'une personne faisant partie de la famille dont il est le chef, d'un de ses fils par exemple qui était mineur et qui demeurait avec lui. En supposant que la succession du défunt ne contienne pas de quoi payer les frais funéraires, ces frais seront-ils privilégiés sur les biens du débiteur qui a ordonné la sépulture ? Plusieurs auteurs admettent l'affirmative; ils se fondent principalement sur la généralité des termes de la loi, qui parle des frais funéraires sans distinction : ce qui prouve, dit-on, que la loi n'a pas entendu restreindre le privilège aux frais funéraires du débiteur lui-même. — Mais alors pourquoi ne pas étendre aussi le privilège aux frais funéraires d'un parent quelconque, ou même d'un ami, dont le débiteur aurait ordonné la sépulture? On n'en verrait guère le motif; aussi quelques-uns sont-ils allés jusque-là. Certes on ne peut les accuser de manquer de logique; mais la conséquence ne témoigne-t-elle pas contre le principe ? Comment admettre qu'un débiteur obéré puisse, en ordonnant la sépulture du premier venu, grever ses biens d'un privilège qui absorbera une partie de son avoir au détriment de ses autres créanciers ? Aussi semble-t-il plus juridique de décider que le privilège ne s'applique qu'aux frais funéraires du débiteur lui-même. La loi ne dit pas : les frais funéraires du débiteur *et de sa famille,* comme elle dit au n. 5 : « les fournitures de subsistances faites au débiteur *et à sa* » *famille* ».

Le privilège, attaché à la créance des frais funéraires, doit d'ailleurs être restreint dans tous les cas aux dépenses jugées conformes à la condition du défunt, *pro dignitate defuncti* (Paris, 9 février 1887, Sir., 87. 2. 40). Les motifs sur lesquels le privilège est fondé pourraient même porter à penser qu'il doit se restreindre au strict nécessaire, c'est-à-dire aux frais qu'on fait pour la sépulture des indigents. (Trib. civ. de Genève, 3 février 1885, Sir., 85. 4. 24).

N° 3. Frais de la dernière maladie.

1076. Ce privilège a été dicté par une pensée d'humanité. Un débiteur obéré se serait peut-être vu refuser les soins que réclame son état de maladie, si ceux auxquels il les demande n'avaient pas été sûrs d'être payés.

Le privilège est attaché aux frais quelconques de la dernière maladie; il garantit donc, non seulement la créance du médecin, mais aussi celle du pharmacien, des gardes, de tous ceux en un mot qui ont concouru à traiter ou à soulager le malade. — En cas d'insuffisance

des biens du débiteur pour régler tous les frais de sa dernière maladie, la loi dit que ceux à qui ils sont dus sont payés par concurrence; proposition inutile, parce qu'elle a déjà été formulée dans l'art. 2097.

Que faut-il entendre par *la dernière maladie?* Un parti important dans la doctrine soutient que c'est exclusivement la maladie qui a conduit le débiteur au tombeau; de sorte que, si un débiteur tombe en faillite ou en déconfiture, les frais de la dernière maladie, qui a précédé même immédiatement cet événement et qui peut-être y a donné naissance, ne seraient pas privilégiés. On refuserait ainsi au médecin qui a sauvé son malade un privilège que l'on accorde à celui qui l'a laissé mourir. Et quelle serait la raison de cette singularité ? C'est que, dit-on, la tradition est en ce sens, et il n'est pas probable que le législateur ait voulu s'en écarter. — Mais d'abord, on a élevé des doutes sur le point de savoir si notre ancien droit restreignait le privilège aux frais de la maladie dont le débiteur était mort. Quoi qu'il en soit d'ailleurs sur ce point, il est remarquable que notre loi moderne emploie une formule moins restrictive que celle de notre ancien droit qui déclarait privilégiés les frais *de dernière maladie,* tandis que l'art. 2101 dit : les frais *de* LA *dernière maladie.* Or, si les mots *frais de dernière maladie* paraissent ne comprendre que les frais de la maladie dont le débiteur est mort, les mots *frais de* LA *dernière maladie* peuvent très bien être entendus comme désignant la dernière maladie que le débiteur a faite avant l'événement, quel qu'il soit, décès, faillite ou déconfiture, qui donne lieu à la distribution des deniers. Quand le code civil veut faire allusion à la maladie qui a entraîné la mort, il dit lui aussi *frais* DE *dernière maladie* (v. art. 385). — Sur cette question, la doctrine est divisée; la jurisprudence paraît se former dans un sens contraire à l'opinion que nous avons admise. Tribunal de Saint-Jean-d'Angély, 1er décembre 1881, Sir, 82. 2. 119.

* Que décider, si la dernière maladie du débiteur était une maladie chronique qui s'est prolongée pendant plusieurs mois, plusieurs années peut-être? Tous les frais de cette longue maladie seront-ils privilégiés? En présence de la généralité des termes de la loi, il paraît difficile d'admettre ici d'autre limitation que celle résultant de la prescription (v. art. 2272). Le médecin, le pharmacien... pourraient donc réclamer le privilège de toute la partie de leur créance qui n'est pas éteinte par la prescription. — Ceux qui pensent que le privilège n'existe que pour les frais de la maladie dont le débiteur est mort, admettent en général que les frais ne deviennent privilégiés qu'à dater de l'époque où la maladie a pris un caractère particulier de gravité permettant d'entrevoir la mort du débiteur comme un événement prochain. En ce sens tribunal de Montdidier, 27 novembre 1884, Sir., 86. 2. 47.

Ce sont seulement les frais de la dernière maladie du *débiteur* qui sont privilégiés, et non ceux de la dernière maladie d'une ou plusieurs personnes dépendant de la famille dont il est le chef. La loi ne parle pas ici de la famille du débiteur, comme elle le fait à propos du privilège qu'elle accorde pour les fournitures de subsistances. Cela nous semble décisif.

* **1077.** Celui qui a prêté les fonds nécessaires pour payer les frais funéraires ou ceux de la dernière maladie, ou qui a payé lui-même directement ces frais en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires, le tout sans stipuler la subrogation, est-il subrogé de plein droit, pour le remboursement de ses avances, au privilège attaché à la créance dont il a procuré ou effectué le paiement? Nous ne le pensons pas. La subrogation légale ne peut avoir lieu que dans les cas exprimés par la loi, et il n'y a pas de texte qui l'accorde dans cette hypothèse. Autre serait le cas où une tierce personne, s'étant engagée comme caution au paiement des

frais funéraires ou des frais de la dernière maladie, aurait payé en cette qualité : elle jouirait alors du bénéfice de la subrogation légale en vertu de l'art. 1251-3°.

* **1078.** Avant d'arriver à l'étude du n. 4 de l'art. 2101, mentionnons ici l'art. 14 de la loi du 23 décembre 1874, relative à la protection des enfants du premier âge, et en particulier des nourrissons : « Les mois de nourrice dus par les » parents ou par toute autre personne font partie des créances privilégiées et pren- » nent rang entre les numéros 3 et 4 de l'article 2101 du code civil ».

N° 4. Salaire des gens de service.

1079. Les salaires des gens de service ou domestiques étant le prix d'un labeur pénible, et constituant le plus souvent tout leur avoir, le législateur a pensé qu'il convenait d'en assurer le paiement par un privilège; d'autant plus que, ces salaires représentant en général des sommes assez modiques, le gage des autres créanciers ne s'en trouvera pas beaucoup diminué. D'ailleurs ce privilège permet à un débiteur obéré de trouver les domestiques dont il ne saurait se passer; il ne les trouverait peut-être pas, si la loi n'avait pris la précaution d'assurer le paiement du salaire qui leur est promis. Le privilège qui va nous occuper est donc fondé, d'une part, sur la faveur que mérite le créancier, et d'autre part sur l'intérêt du débiteur dont il grève les biens.

Ce privilège a été emprunté à la loi du 11 brumaire de l'an VII, qui l'attribuait aux *domestiques* (art. 11). En substituant à cette dénomination celle de *gens de service,* qui est plus compréhensive, notre législateur a-t-il voulu étendre le privilège? A-t-il entendu l'accorder à des personnes auxquelles la loi de brumaire le refusait? Non; la remarque en a été faite par Grenier dans son rapport au Tribunat. On a changé les mots pour les mettre mieux en rapport avec l'idée qu'on entendait exprimer; mais l'idée est restée la même. Nous accorderons donc le privilège à tous ceux auxquels l'ancienne doctrine n'hésitait pas à l'attribuer sous la loi de brumaire, par conséquent non seulement aux domestiques proprement dits, mais aussi aux femmes de chambre, au portier, au cocher, au maître d'hôtel, aux valets de ferme, aux pâtres; et nous ne distinguerons pas entre ceux qui se louent au mois et ceux qui se louent à l'année, bien que la loi paraisse avoir eu principalement en vue ces derniers.

Mais nous refuserons le privilège, comme on le faisait déjà sous l'empire de la loi de brumaire, aux *journaliers,* c'est-à-dire aux ouvriers ou gens de travail à la journée. Nous le refuserons également aux secrétaires, précepteurs et bibliothécaires, de même qu'aux commis ou clercs de fonctionnaires publics ou d'officiers ministériels. La dénomination de *domestiques* ou de *gens de service* ne convient pas mieux à leurs personnes, que celle de *salaire* à la rémunération qu'on leur donne. En un mot, les personnes qui jouissent du privilège sont, aujourd'hui comme autrefois, toutes celles qui, moyennant un salaire, sont attachées à la personne d'un maître et au service de sa maison, et celles-là seulement. La jurisprudence est en ce sens. Bordeaux, 20 avril 1875, Sir., 75. 2. 300.

Que décider en ce qui concerne les ouvriers employés dans une fabrique et les commis des marchands ou négociants? La question était controversée avant la loi du 28 mai 1838, modificative du titre *De la faillite.* Cette loi a donné raison à ceux qui pensaient que les ouvriers des fabriques et les commis des marchands ne devaient pas être considérés comme compris sous la dénomination de *gens de service,* et par suite n'avaient pas droit au privilège. En effet le nouvel art. 549 du code de com-

merce, dont nous a doté la loi de 1838, *crée* un privilège au profit desdits ouvriers ou commis, et reconnaît ainsi implicitement que le code civil ne leur en accordait pas. Ce nouveau privilège est d'ailleurs admis au même rang que celui établi par l'art. 2101 n. 4 au profit des gens de service. Mais il est restreint quant à son étendue; car la loi nouvelle ne l'accorde aux ouvriers employés directement par le failli que pour les salaires *du mois* et aux commis que pour les salaires *des six mois* qui ont précédé la déclaration de faillite.

1080. Le privilège des gens de service est restreint aux gages de l'*année échue* et de l'*année courante*. L'une et l'autre année ont pour point de départ l'époque de l'entrée en fonctions. Ainsi un domestique est entré au service de son maître le 1er juillet 1885; si l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers, c'est-à-dire la mort, la faillite ou la déconfiture du maître, se produit le 1er décembre 1890, le domestique pourra se faire payer par privilège la dernière année échue, c'est-à-dire l'année commencée le 1er juillet 1889 et terminée le 30 juin 1890, et en outre l'année courante, c'est-à-dire les cinq mois écoulés depuis le 1er juillet jusqu'au 30 novembre 1890. Quant aux salaires des années antérieures (1885 à 1889), ils sont prescrits; et en supposant qu'ils ne le soient pas, la prescription ayant été suspendue ou interrompue, le domestique ne serait pas privilégié pour cette partie de sa créance; la loi limite en effet le privilège au salaire de l'année échue et de l'année courante.

Par où l'on voit que le *maximum*, auquel peut s'élever la créance privilégiée d'un domestique, est de deux années de salaires; car, aussitôt que l'année courante est terminée, elle devient l'année échue, et l'année précédente, qui l'instant d'avant était l'année échue, se trouve rejetée dans la classe des créances chirographaires.

* Dans ces limites d'ailleurs, le privilège des domestiques qui se louent à l'année cadre parfaitement avec la prescription, qui est ici d'un an aux termes de l'art. 2272. En effet, la prescription, pour les créances à terme, ne commence à courir que quand le terme est arrivé (art. 2257); or la créance des domestiques qui se louent à l'année est une créance à terme, le salaire n'étant payable, ordinairement au moins, qu'à la fin de l'année; c'est donc seulement à la fin de l'année que la prescription commence à courir, et elle ne sera accomplie qu'un an après. De sorte qu'au moment où l'heure de la prescription sera sur le point de sonner, il sera dû aux domestiques deux années de salaire, l'année échue et l'année courante; c'est précisément ce que la loi privilégie.

* En ce qui concerne les domestiques qui se louent au mois ou au trimestre, le privilège ne cadre plus avec la prescription; car la créance qu'ils ont contre le maître pour le paiement de leurs salaires se prescrit par six mois (art. 2271), et le privilège semble ainsi avoir plus d'étendue que la créance. Mais il est bien évident que le privilège ne pourrait pas être exercé pour la partie de la créance qui est prescrite; le privilège, étant un accessoire de la créance, ne saurait avoir plus d'étendue qu'elle. Il faut donc supposer, pour que le domestique puisse réclamer en pareil cas comme privilégiées l'année échue et l'année courante, qu'il ait conjuré l'effet de la prescription par des actes interruptifs.

N° 5. Fournitures de subsistances.

1081. Comme le privilège des médecins, pharmaciens et autres, celui que la loi accorde aux fournisseurs de subsistances a pour but de donner à un débiteur obéré le crédit qui lui est nécessaire pour se procurer les choses indispensables à la vie.

Nous transcrivons de nouveau le texte qui organise ce privilège. Sont privilégiées... « 5° *Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille; savoir, pendant les six derniers mois par les marchands en détail, tels que boulangers, bouchers et autres, et pendant la dernière année, par les maîtres de pension et les marchands en gros* ».

Par *fournitures de subsistances,* il faut entendre ce que les Romains appelaient *cibaria,* c'est-à-dire les fournitures de toutes les choses nécessaires à l'alimentation et à la consommation journalière du ménage, par conséquent non seulement les fournitures de denrées alimentaires, mais aussi les fournitures de bois, de charbon, de bougie, de savon... Il en est autrement à notre avis des fournitures de vêtements. On peut remarquer à cet égard que le mot *subsistances* a une signification moins étendue que le mot *aliments,* qui comprend le vêtement et même l'habitation. « *Legatis alimentis, cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest* » (l. 6, D., *De alim. vel cib. leg.*).

Le privilège s'applique aux fournitures de subsistances faites *au débiteur et à sa famille.* La famille du débiteur comprend, non seulement sa femme et ses enfants habitant avec lui, mais d'une manière générale tous ses parents ou alliés vivant avec lui et faisant partie de la famille dont il est le chef. Les gens de service y sont aussi compris.

Là doit se restreindre le privilège. Il s'ensuit que les fournitures de subsistances faites à un aubergiste ne seraient pas privilégiées pour la totalité, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qui a pu être consommé par l'aubergiste et par sa famille; le reste a été fourni pour les besoins d'une industrie, et l'esprit de la loi manque aussi bien que son texte pour y appliquer le privilège.

La créance des fournisseurs de subsistances est privilégiée pour les six derniers mois seulement ou pour la dernière année, suivant qu'il s'agit de fournitures faites en détail ou de fournitures faites en gros. C'est là probablement ce qu'a voulu dire la loi, quand elle parle de fournitures faites par des *marchands en détail* ou par des *marchands en gros;* elle suppose vraisemblablement que chaque marchand aura fait des fournitures conformes à son enseigne. Si donc un marchand en gros a fait des fournitures de détail, il n'aura privilège que pour six mois; de même qu'en sens inverse, si un marchand en détail a fait des fournitures en gros, il aura droit au privilège pour une année. Cette solution n'est pas en réalité contraire au texte de la loi; car on peut dire qu'un marchand en détail devient marchand en gros, quand il fait une fourniture en gros, et réciproquement.

Les *six derniers mois, la dernière année* sont les six mois ou l'année précédant immédiatement l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers, c'est-à-dire soit la déclaration de faillite du débiteur, soit sa déconfiture devenue notoire par la saisie de ses biens.

On s'explique d'ailleurs aisément la différence que la loi établit entre les fournisseurs en gros et les fournisseurs en détail pour l'étendue du privilège. D'après la nature du contrat et les usages, le fournisseur en détail doit présenter plus fréquemment son compte que le fournisseur en gros : le premier peut être taxé de négligence après six mois d'inaction, le second, après une année seulement. Voilà pourquoi le fournisseur en détail n'a privilège que pour les fournitures faites pendant les six derniers mois, tandis que le fournisseur en gros a privilège pour les fournitures qui n'ont pas plus d'une année de date.

Quant aux maîtres de pension, c'est comme fournisseurs de subsistances qu'ils sont privilégiés ; ils n'auraient donc pas droit au privilège pour les fournitures de livres, plumes, encre et papier faites à leurs élèves. La loi d'ailleurs les assimile à des fournisseurs en gros, et leur donne par suite le privilège pour une année.

Le privilège établi par l'art. 2101-5° devrait-il être accordé au particulier, non marchand ni maître de pension, qui aurait fait des fournitures de subsistances, par exemple au propriétaire qui aurait vendu du vin à un particulier pour sa consommation? La question est controversée; nous inclinons pour l'affirmative. Ce ne sont pas les *fournisseurs* de subsistances que la loi déclare privilégiés, mais bien les *fournitures;* peu importe donc la personne du fournisseur. Il est vrai que, dans la partie finale de sa disposition, la loi, réglant un point de détail, celui de savoir quelle sera l'étendue du privilège, suppose que la fourniture est faite par un marchand ou par un maître de pension; mais ici comme ailleurs elle a statué *de eo quod plerumque fit,* et rien n'indique que ce soit là une condition de la concession du privilège.

§ II. *Des privilèges sur certains meubles.*

1082. L'énumération des créances privilégiées sur certains meubles est donnée par l'art. 2102, qui, bien qu'il ne contienne que sept numéros, établit cependant neuf privilèges, savoir : 1° le privilège du bailleur; 2° celui des moissonneurs; 3° celui des fabricants ou réparateurs d'ustensiles aratoires; 4° celui du créancier gagiste; 5° le privilège de celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose; 6° le privilège du vendeur; 7° le privilège de l'aubergiste; 8° le privilège du voiturier; 9° le privilège qui frappe le cautionnement de certains fonctionnaires publics.

L'ordre, suivi par l'art. 2102 et qui est celui que nous venons d'indiquer, n'a aucune importance au point de vue du classement des privilèges qu'il énumère, à la différence de ce qui a lieu pour les privilèges généraux établis par l'art. 2101.

Grenier, dans son discours au Tribunat, dit que tous les privilèges de l'art. 2102 ont pour cause soit une constitution expresse ou tacite de gage, soit cette circonstance que le créancier auquel le privilège est accordé a mis ou conservé le bien grevé du privilège dans le patrimoine du débiteur. Dans la première catégorie rentrent le privilège du créancier gagiste (n. 2), le privilège de l'aubergiste (n. 5), le privilège du voiturier (n. 6) et le privilège qui frappe le cautionnement de certains fonctionnaires publics (n. 7); dans la deuxième, le privilège attribué à celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose (n. 3), le privilège du vendeur d'effets mobiliers (n. 4) et le privilège accordé à ceux auxquels des sommes sont dues pour semences, pour frais de la récolte ou pour ustensiles (n. 1). Quant au privilège du bailleur, il appartient à l'une et à l'autre catégorie tout à la fois, ainsi qu'on va le voir à l'instant même.

N° 1. Garanties accordées au bailleur d'immeubles.

1083. La loi accorde au bailleur d'immeubles un privilège pour garantir le paiement de ses loyers ou fermages, et, comme appendice de ce privilège, un droit de *saisie-revendication*.

I. *Privilège.*

1084. Le privilège du bailleur est organisé par l'art. 2102-1°, ainsi conçu : « *Les créances privilégiées sur certains meubles sont, — 1° Les » loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année, » et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et de » tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme ; savoir, pour tout ce qui est » échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, » ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine ; et, dans » ces deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison » ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux ou » fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui » serait encore dû. — Et, à défaut de baux authentiques, ou lorsqu'étant » sous signature privée, ils n'ont pas une date certaine, pour une année » à partir de l'expiration de l'année courante. Le même privilège a lieu » pour les réparations locatives, et pour tout ce qui concerne l'exécution » du bail* ».

Ainsi, le bailleur d'un immeuble a privilège pour le paiement de ses loyers ou de ses fermages et de quelques autres créances accessoires, sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et en outre, s'il s'agit d'un immeuble rural, sur le prix de la récolte de l'année. En tant que le privilège porte sur les meubles garnissant la maison louée ou la ferme, il a pour cause une constitution tacite de gage. On peut facilement supposer en effet entre le bailleur et le preneur l'existence d'une convention tacite, par suite de laquelle le mobilier, mis par le preneur dans la maison louée ou dans la ferme, a été affecté à titre de gage au bailleur pour garantir le paiement des loyers ou des fermages. En tant qu'il porte sur les fruits de la récolte de l'année, le privilège est fondé sur ce que ces fruits proviennent de la chose appartenant au bailleur, et sur ce que celui-ci est censé n'avoir consenti à ce qu'ils entrassent dans le patrimoine du preneur que déduction faite d'un droit réel retenu par lui sur ces fruits et ayant pour but d'assurer le paiement des fermages.

Le privilège du bailleur facilite les locations d'immeubles, en ce sens qu'il détermine les propriétaires à se montrer moins exigeants pour le choix des locataires ou des fermiers. Autrement un propriétaire ne consentirait à traiter qu'avec un preneur dont la solvabilité serait incontestable ou qui offrirait des garanties particulières. Beaucoup

seraient mis ainsi dans l'impossibilité de trouver à louer une maison pour l'habiter ou un immeuble rural pour l'exploiter.

1. *A qui appartient le privilège du bailleur.*

1085. L'art. 2102-1° déclare privilégiée, dans les termes les plus généraux, la créance des loyers et fermages d'immeubles. Il s'ensuit que le privilège appartient à tout locateur d'immeubles soit urbains, soit ruraux, quel que soit le titre en vertu duquel il a loué, donc non seulement à celui qui a loué en qualité de propriétaire (ce qui est le cas le plus fréquent et ce qui explique que ce soit le seul dont la loi parle dans les détails qu'elle donne sur le privilège), mais aussi à celui qui a donné à bail en qualité d'usufruitier ou de locataire principal. Il y a d'ailleurs un texte formel en ce qui concerne le locataire principal : c'est l'art. 819 du code de procédure civile, qui lui accorde le droit de saisir-gager les meubles du sous-locataire, et lui reconnaît ainsi implicitement, mais néanmoins très formellement, le droit au privilège, la saisie-gagerie étant le préliminaire de l'exercice du privilège.

Mais le privilège qui nous occupe n'appartient pas au locateur de meubles. Argument des mots « les loyers et fermages des immeubles ».

Ainsi le locataire principal d'un bâtiment, qui a établi des machines dans ce bâtiment et qui le sous-loue avec ces machines, n'a pas de privilège pour la partie du prix de sous-location qui s'applique aux machines.

2. *Quels biens sont affectés au privilège du bailleur.*

1086. Le privilège du locateur porte sur tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et en outre, s'il s'agit d'un immeuble rural, « sur les fruits de la récolte de l'année » (art. 2102-1°).

1087. A. Le privilège porte d'abord *sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme :* telles sont les expressions de la loi. Mais que faut-il entendre par meubles *garnissants?* Nous répondons : tous les meubles qui se trouvent dans la maison louée ou dans la ferme, à l'exception de l'argent comptant et des titres de créances.

Il y a toutefois controverse sur ce point ; par conséquent il faut justifier la proposition que nous venons de formuler.

L'art. 171 de la coutume de Paris, auquel a été empruntée notre disposition, disait en substance : Sont privilégiés les propriétaires de maisons *sur les meubles étant dans lesdites maisons.* Le législateur moderne a modifié cette formule : il fait porter le privilège du bailleur sur « tout ce qui *garnit* la maison louée ou la ferme ». Cette différence dans les expressions implique-t-elle une différence dans les idées? C'est peu probable ; car Pothier, en commentant l'art. 171 de la coutume de Paris, emploie indifféremment les expressions « meubles étant dans la maison » ou « meubles garnissant la maison », et il devient ainsi fort vraisemblable que le législateur, suivant ici son guide habituel, a considéré ces expressions comme synonymes. Cette induction acquiert presque le caractère de la certitude, quand on voit l'art. 819 du code de procédure civile, parlant le langage de Pothier, employer comme ayant la même valeur les expressions *effets étant dans lesdites maisons* et *meubles qui garnissaient la maison.*

Cela posé, on doit, conformément aux explications de Pothier et sans s'arrêter à aucune des distinctions plus ou moins arbitraires qui ont été proposées, notamment la distinction entre les meubles apparents et ceux qui ne le sont pas, considérer comme soumis au privilège du locateur les meubles qui ont été mis par le locataire dans la maison à un titre quelconque, soit pour la commodité ou l'agrément de l'habitation, soit pour servir aux usages domestiques ou à l'exercice de la profession du locataire, même l'argenterie, même les bijoux, contrairement à l'opinion de la plupart des auteurs. Il paraît y avoir lieu toutefois d'excepter avec Pothier les titres de créances et l'argent comptant : — les titres de créances, parce que les créances dont ils constatent l'existence ne peuvent pas, en qualité de choses incorporelles, être regardées comme résidant quelque part, *nullo circumscribuntur loco;* — l'argent comptant, parce qu'il n'est déposé que temporairement dans la maison et qu'il n'a guère pu entrer dans l'intention commune des parties de l'affecter à titre de gage au locateur.

D'après ce qui vient d'être dit, le privilège du locateur porte sur les marchandises que le locataire a mises dans les lieux loués et qui servent à l'exercice de sa profession. Le bailleur ne peut pas s'opposer à ce que le locataire vende ces marchandises, à la charge de les remplacer par d'autres. Si le preneur annonce l'intention de vendre toutes les marchandises garnissant les lieux loués sans les remplacer (liquidation), le bailleur a le droit d'exiger des garanties équivalentes à celles qu'il est menacé de perdre, par exemple le dépôt d'une somme d'argent suffisante à la caisse des dépôts et consignations, ou la nomination d'un séquestre chargé d'encaisser jusqu'à concurrence d'une somme suffisante le prix des ventes faites aux enchères publiques et de le tenir en réserve pour l'exercice du privilège du locateur. Paris, 15 avril 1885 Sir., 87. 2. 183, et 21 avril 1886, Sir., 87. 2. 203.

1088. Un locataire a fait assurer son mobilier ou son risque locatif contre l'incendie; le locateur pourra-t-il, au cas de sinistre, exercer son privilège sur l'indemnité due ou payée au locataire par l'assureur?

Sous l'empire du code civil, il fallait répondre négativement. En effet, si l'indemnité avait été payée, le locateur se trouvait en face d'une somme d'argent, et on sait que son privilège ne porte pas sur l'argent comptant; et si l'indemnité était encore due, le droit du locataire se réduisait à une créance contre l'assureur, et nous avons dit que le locateur n'a pas de privilège sur les créances. Le bailleur ne pouvait exercer son privilège sur l'indemnité d'incendie qu'autant qu'il avait stipulé la subrogation dans les droits du locataire contre la compagnie d'assurances. Nous exprimions dans nos deux précédentes éditions le regret que cette subrogation ne fût pas opérée de plein droit par la loi. Il a été donné satisfaction à ce *desideratum* par la loi du 19 février 1889, art. 2, 3 et 4. V. *supra* n. 1062 *bis*.

1089. Le privilège du bailleur porte sur tous les meubles garnissant la maison louée ou la ferme, non seulement sur ceux qui sont la propriété du preneur, mais aussi sur ceux qui appartiennent à des sous-preneurs, et même, au cas de bonne foi du locateur, sur ceux qui appartiennent à des tiers.

a. — Nous disons d'abord que le privilège du bailleur porte sur les meubles des *sous-locataires,* plus généralement des *sous-preneurs*. C'est ce qui résulte par argument de l'art. 820 du code de procédure civile, qui permet au bailleur de faire saisir-gager les meubles des sous-locataires et des sous-fermiers, garnissant les lieux par eux occupés, et reconnaît ainsi implicitement que ces meubles sont affectés au privilège du locateur, la saisie-gagerie étant le préliminaire de l'exercice du privilège. Mais le locateur n'a privilège sur les meubles du sous-preneur que jusqu'à concur-

rence du prix de sous-bail, dont celui-ci peut être débiteur au moment de la saisie. V. art. 1753 et *supra* n. 694.

b. — Nous avons ajouté que le privilège du bailleur porte, au moins dans le cas où il est de bonne foi, sur les meubles, garnissant la maison louée ou la ferme, *qui appartiennent à des tiers* et que le preneur détient à titre précaire, par exemple à titre d'emprunteur, de dépositaire, de locataire. Ainsi un locataire place dans la maison louée des tableaux qu'il a reçus en dépôt, ou un piano qu'il a pris en location, ou un secrétaire qu'il a emprunté à un ami; ces divers objets seront grevés du privilège du locateur, s'il a pu croire, au moment de leur introduction dans la maison, qu'ils appartenaient au locataire. La loi dit en effet, sans distinction, que le privilège du locateur porte sur les meubles garnissant la maison ou la ferme.

Mais comment cela? Le bailleur, ignorant, on le suppose, que ces objets n'appartiennent pas au preneur, a dû les considérer comme compris dans la constitution tacite de gage faite à son profit. De même que le propriétaire d'un objet mobilier corporel ne peut pas le revendiquer utilement contre l'acquéreur qui le détient avec juste titre et bonne foi (art. 2279), ni contre le créancier qui de bonne foi a reçu cet objet en gage (argument du même article), de même il ne peut pas non plus le revendiquer au préjudice d'un locateur de bonne foi, qui en a la quasi-possession, cet objet se trouvant renfermé dans sa maison.

Ainsi, c'est par application de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* que le locateur peut exercer son privilège sur les meubles appartenant à autrui que le preneur détient à titre précaire, et c'est pour ce motif que la bonne foi du locateur est exigée, la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* ne protégeant que les possesseurs de bonne foi.

Il suffit d'ailleurs que la bonne foi du locateur ait existé au moment où les objets ont été introduits dans sa maison ou dans sa ferme; car alors son privilège a pris naissance au moment même de l'introduction, et il ne peut recevoir aucune atteinte des événements ultérieurs qui révèleront au bailleur le nom du véritable propriétaire de ces objets, pas plus que le droit, acquis à un acheteur de bonne foi qui a été mis en possession, ne périrait lorsque sa bonne foi vient à cesser.

La bonne foi du locateur se présume (arg. art. 2268). Il appartiendrait donc à celui qui voudrait, au préjudice du bailleur, revendiquer comme lui appartenant les meubles qui garnissent la maison louée ou la ferme, de prouver la mauvaise foi du bailleur.

1090. Comment fera-t-il cette preuve? Conformément au droit commun, puisque la loi n'y a pas dérogé. Or le droit commun nous paraît autoriser ici les divers modes de preuve dont l'énumération suit.

1° *La preuve écrite.* Le plus souvent il aura été facile au propriétaire de se la procurer, soit en adressant une notification au bailleur, soit en obtenant de lui une reconnaissance écrite. Ainsi le locataire d'une maison qui m'appartient vient vous demander de lui louer ou de lui prêter un piano; si vous voulez éviter que le piano, à son entrée dans ma maison, soit frappé de mon privilège, obtenez de moi, avant de vous en dessaisir, une reconnaissance écrite attestant que le piano vous appartient, ou notifiez-moi votre droit de propriété sur le piano.

2° L'aveu du bailleur.

3° La délation du serment.

4° La preuve par témoins. Elle sera admise sans difficulté, s'il s'agit de moins de 150 fr., ou s'il y a commencement de preuve par écrit, ou s'il y a eu pour le propriétaire impossibilité de se procurer une preuve écrite, par exemple en cas de dépôt nécessaire. Même en dehors de ces hypothèses, il semble que la preuve testimoniale devrait encore être admise; car elle est de droit, quel que soit l'intérêt engagé, quand il s'agit, comme ici, d'établir un simple fait.

5° Enfin les présomptions de l'homme. La loi autorise en effet ce mode de preuve dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise (art. 1353). Ainsi, de ce fait que j'ai loué ma maison à un homme exerçant la profession d'horloger, les juges pourront induire que j'ai dû savoir que mon locataire recevrait chez lui pour les réparer des montres et des pendules appartenant à ses clients, et que par suite je n'ai pas pu compter que toutes les montres et toutes les pendules, se trouvant en la possession de mon locataire, seraient affectées à mon privilège. Ma mauvaise foi s'induit ici d'une présomption. De même, comment pourrait-on admettre la prétention d'un propriétaire, qui, ayant loué sa maison à un aubergiste, voudrait exercer son privilège sur tous les effets déposés par les voyageurs dans l'hôtellerie? ou d'un locateur, qui, ayant loué sa maison à une blanchisseuse, voudrait exercer son privilège sur tout le linge qui lui a été confié par ses clients? On peut dire en règle générale que, toutes les fois que la profession habituelle du locataire l'oblige à recevoir chez lui des objets appartenant à autrui pour les réparer, manufacturer, transporter d'un lieu dans un autre..., le locateur devra, dans la plupart des cas, être considéré comme étant de mauvaise foi, et par suite déclaré non recevable à exercer son privilège sur ces objets.

1091. Si, parmi les objets placés par le locataire dans la maison louée, il y en a qui aient été perdus par leur propriétaire ou qui lui aient été volés, le locateur ne pourra pas s'opposer à la revendication du propriétaire de ces objets, faite dans les trois ans à dater de la perte ou du vol (art. 2279 al. 2). La revendication serait possible contre un acquéreur et contre un créancier gagiste; à plus forte raison doit-elle l'être contre un locateur, qui ne peut invoquer à son profit qu'une constitution tacite de gage.

1092. B. Quand l'immeuble loué est un immeuble rural, le privilège du locateur porte, non seulement sur tout ce qui garnit la ferme, mais encore « sur... tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme », et en » outre sur les fruits de la récolte de l'année » (art. 2102-1°).

= *Sur tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme.* On aurait pu se dispenser de le dire; car ce sont là des meubles garnissants.

= *Sur les fruits de la récolte de l'année.* Au premier abord, cette disposition paraît inutile comme la précédente. Les fruits de la récolte de l'année ne sont-ils pas des meubles garnissant la ferme, et n'était-il pas évident qu'ils étaient affectés à ce titre au privilège du bailleur ? La disposition présente de l'utilité pour le cas où les fruits sont encore adhérents au sol, et pour celui où, en étant séparés, ils sont encore sur le lieu de la récolte, en gerbes ou en meules. La doctrine aurait peut-être hésité dans ces deux hypothèses à les considérer comme meubles garnissant la ferme; pour lever toute difficulté, on a écrit un texte qui affecte spécialement ces fruits au privilège du bailleur. Et cela explique que le législateur n'ait parlé que des fruits de la récolte de l'année; quant à ceux des récoltes antérieures, aucun doute ne pouvait s'élever. De deux choses l'une, en effet : ou ces fruits ont été vendus, et alors il ne peut pas être question du privilège du locateur, le fermier ayant le droit de vendre les fruits et le locateur ne pouvant pas inquiéter l'acquéreur; ou ils sont engrangés dans des bâtiments dépendant de la ferme, et alors ils sont atteints par le privilège en qualité de meubles garnissants. Si le fermier les engrangeait dans des bâtiments appartenant à des tiers pour les soustraire au privilège du bailleur, celui-ci aurait le droit de saisie-revendication dont il sera parlé plus loin (n. 1099).

D'ailleurs, qu'il s'agisse des fruits de la récolte de l'année ou de ceux des années antérieures, le bailleur qui veut exercer son privilège procèdera dans tous les cas par la voie de la saisie-gagerie.

3. *Créances garanties par le privilège du bailleur.*

1093. Le privilège du bailleur a pour but d'assurer au profit de celui-ci la complète exécution du bail. Ce privilège garantira donc :

1° Le paiement des loyers et fermages (art. 2102-1° al. 1). Nous savons qu'on désigne sous le nom de *loyers* le prix de la location des maisons et sous celui de *fermages* le prix de la location des biens ruraux ;

2° L'exécution de l'obligation imposée au preneur de faire les réparations dites *locatives* (art. 2102-1° al. 3) ;

3° L'exécution de toutes les autres obligations résultant du contrat de bail (art. 2102-1° al. 3), notamment le paiement des indemnités dues au locateur pour abus de jouissance du preneur, ou la restitution des garnitures vives ou mortes de la ferme.

Le privilège garantirait aussi le remboursement des sommes que le bailleur aurait prêtées à son fermier en vue de faciliter à celui-ci l'exécution du bail, par exemple à titre d'avances pour frais de première installation ou pour l'aider à remplir l'obligation que le contrat de bail lui impose de creuser des fossés, de pratiquer des rigoles d'irrigation... ; mais le privilège ne garantirait pas le remboursement des prêts d'argent, fussent-ils constatés dans le contrat de bail, que le locateur aurait faits au fermier pour une cause étrangère à l'exécution du bail, par exemple pour l'aider à terminer des constructions commencées sur son propre terrain. Cette distinction est admise par la jurisprudence.

1094. Parmi les diverses créances que nous venons d'indiquer, et auxquelles s'attache le privilège du bailleur, la principale est celle des loyers et fermages. Dans quelle mesure le locateur pourra-t-il user de son privilège pour le paiement desdits loyers ou fermages ? Le peut-il seulement pour ceux qui sont échus, ou bien aussi pour ceux à échoir ?

Ecartons tout d'abord une hypothèse qui ne peut offrir aucune difficulté. Au moment où le bailleur saisit les meubles du preneur pour obtenir le paiement des loyers ou des fermages, aucun autre créancier du preneur ne se présente pour disputer au locateur le prix de son gage. Il ne saurait être question du privilège du locateur, ni par suite de la mesure dans laquelle ce privilège peut être exercé ; car l'exercice d'un privilège suppose le concours de plusieurs créanciers. Le locateur ne pourra donc en ce cas, conformément au droit commun, auquel il n'y a ici nul motif de déroger, se faire payer sur le prix des meubles saisis que ce qui lui est actuellement dû, c'est-à-dire les loyers ou fermages *échus ;* la vente devra par suite être restreinte aux meubles suffisants pour fournir la somme nécessaire au paiement des loyers ou fermages échus et des frais (C. pr., art. 622). Si les meubles qui restent, une fois la vente opérée, n'offrent plus une garantie suffisante pour l'avenir, le locateur est autorisé à demander de nouvelles sûretés, et à défaut la résiliation du bail (art. 1752).

Mais supposons qu'au moment où le bailleur saisit les meubles du preneur, d'autres créanciers de celui-ci se présentent pour lui disputer le prix de son gage : ce qui suppose ordinairement la faillite ou la déconfiture du preneur. Le locateur a alors en face de lui des adversaires qu'il s'agit d'écarter; c'est le cas d'user de son privilège. Dans quelle mesure pourra-t-il le faire?

La loi distingue à cet égard s'il existe ou s'il n'existe pas un bail ayant date certaine, antérieure (cela est certainement sous-entendu) à l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers, c'est-à-dire à la faillite ou à la déconfiture du preneur. La déconfiture existe, lorsque l'insolvabilité du preneur est devenue notoire par la saisie de ses biens.

1095. Première hypothèse. Il existe un bail ayant date certaine, c'est-à-dire un bail authentique ou un bail sous seing privé dont la date est devenue certaine par l'une des causes qu'indique l'art. 1328. Alors le locateur est autorisé à se faire payer par privilège, sur le prix des meubles qui forment son gage : 1° tous les loyers ou fermages échus; 2° tous ceux à échoir. En ce qui concerne les loyers ou fermages à échoir, le droit pour le locateur de se les faire payer immédiatement a sans doute été considéré par les auteurs du code civil comme une conséquence du principe posé par l'art. 1188. Ces loyers ou fermages représentent pour le bailleur une créance à terme, et cette créance est devenue immédiatement exigible par la faillite ou la déconfiture du débiteur. On permet ainsi au locateur de se faire payer par anticipation plusieurs années peut-être de loyers ou de fermages, et même d'obtenir l'exécution anticipée des autres obligations que le contrat impose au preneur. C'est là pour lui un avantage considérable que la faveur de son privilège peut seule expliquer.

Maintenant, quand le locateur se sera ainsi fait payer par anticipation les loyers ou fermages à échoir, que va devenir la maison louée ou la ferme pendant le temps qui reste à courir jusqu'à l'expiration du bail? Il est d'évidence que le locateur ne peut pas rentrer en possession de son immeuble : il ne saurait avoir à la fois la jouissance de sa chose et le prix de cette jouissance. Il est non moins clair que le preneur en faillite ou en déconfiture ne pourra pas continuer à habiter la maison louée ou à exploiter la ferme : il profiterait ainsi d'une jouissance qui a été payée avec le prix de meubles formant le gage de ses autres créanciers, par conséquent, aux dépens de ceux-ci. La loi dit que lesdits créanciers pourront « relouer la maison ou la ferme pour » le restant du bail et faire leur profit des baux ou fermages » : ce qui n'est que rigoureusement juste.

Mais, pour pouvoir user du droit de relocation dont il vient d'être

parlé, les autres créanciers du locataire doivent, aux termes de notre article, « payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû ». Ce texte suppose que, par suite de l'insuffisance de la valeur des meubles grevés de son privilège, le locateur n'a pu obtenir qu'en partie le paiement des années à échoir jusqu'à l'expiration du bail : par exemple, sur dix années qui restaient à courir, le locateur n'a pu être utilement colloqué que pour six années. En bien ! les créanciers, qui voudront user du droit de relocation pour tout le temps qui reste à courir jusqu'à l'expiration du bail, devront désintéresser complètement le locateur; ils devront, dans l'espèce, lui payer les quatre années qui lui restent dues.

Supposons que les autres créanciers du locataire ne veuillent pas ou ne puissent pas payer immédiatement au locateur tout ce qui lui reste dû sur les années à échoir. D'après ce qui vient d'être dit, ils ne pourront pas relouer la maison ou la ferme pour tout le temps qui reste à courir jusqu'à l'expiration du bail; mais ne pourront-ils pas tout au moins la relouer pour les années dont le locateur a reçu le paiement anticipé, pour six ans dans l'espèce proposée tout à l'heure? On l'admet : l'équité l'exige, et le texte de la loi, examiné de près, ne s'y oppose pas; car il n'oblige les créanciers à payer au locateur tout ce qui lui reste dû que lorsqu'ils veulent relouer la maison ou la ferme *pour tout le temps qui reste à courir jusqu'à la fin du bail,* et le cas qui nous occupe se trouve être ainsi demeuré en dehors des prévisions du texte : ce qui permet de le résoudre d'après les principes généraux et les analogies que fournit la loi. Or sur ce terrain la question ne saurait être douteuse.

Le droit de relocation existerait au profit de la masse des créanciers du preneur, même en présence d'une clause lui interdisant la faculté de sous-louer ou de céder son bail. C'est même probablement en vue de cette hypothèse que notre texte a accordé à la masse des créanciers le droit de relocation; car, pour le cas où le bail ne contient pas de clause interdisant la sous-location et la cession de bail, le droit de relocation résultait suffisamment de la disposition générale de l'art. 1166. Par cela seul que le locateur exige le paiement des loyers ou fermages à échoir, il autorise implicitement les autres créanciers à user du droit de relocation; on ne peut pas lui supposer la volonté de conserver une jouissance dont il a reçu le prix, et, eût-il cette volonté, la loi ne devrait pas la sanctionner.

Ce n'est pas à dire toutefois qu'au cas de faillite ou de déconfiture du preneur, la clause, qui contient défense de sous-louer ou de céder le bail, ne produise aucun effet au profit du locateur. On admet généralement que cette clause lui permet de priver les créanciers du droit de relocation, en renonçant au paiement des années à échoir; tandis que, si la clause n'existe pas, les créanciers peuvent, usant du droit que leur confère l'art. 1166, forcer le locateur à recevoir le paiement des années à échoir et relouer la maison ou la ferme jusqu'à l'expiration du bail : peut-être les créanciers y ont-ils avantage, trouvant un prix de relocation supérieur à celui que payait le locataire ou le fermier.

1096. Seconde hypothèse. Il n'existe pas de bail ayant date certaine antérieure à la faillite du preneur ou à sa déconfiture devenue notoire par la saisie de ses biens, mais seulement un bail verbal ou sous seing privé sans date certaine. La loi se défie avec raison d'un semblable bail ; on peut craindre en effet qu'il ne soit l'œuvre de la

fraude. Souvent il aura été passé à la veille de la faillite ou de la déconfiture du preneur, ou même après cet événement, en vue de frauder les créanciers du preneur et d'avantager le locateur qui y stipule un prix de location exagéré, peut-être pour un grand nombre d'années. La date qu'il porte ou que les parties lui assignent ne prouve rien ; car cette date n'est pas certaine ; le plus souvent elle sera mensongère. Permettre en pareil cas au locateur de se faire payer par privilège toutes les années à échoir, c'eût été sacrifier injustement les droits de la masse des créanciers. Aussi la loi restreint-elle le privilège du locateur dans l'avenir, en ne lui permettant de l'exercer que pour une année à partir de l'expiration de l'année courante.

Supposons que le locateur use de ce droit ; les autres créanciers pourront-ils relouer à leur profit la maison ou la ferme ? On leur reconnaît généralement ce droit, parce qu'il ne paraît guère admissible qu'en aucun cas le locateur puisse avoir à la fois pour un certain temps, la jouissance de sa chose et le prix de cette jouissance. Un doute cependant naît du texte de la loi, qui n'accorde le droit de relocation que quand le bail a une date certaine.

1097. En accordant au locateur le droit d'exercer son privilège pour une année à partir de l'année courante, quand il n'existe pas de bail ayant date certaine, la loi ne parle ni de l'année courante elle-même ni des années échues. Le locateur peut-il se les faire payer par privilège?

On soutient, dans un premier système, que le locateur n'a privilège ni pour l'année courante ni pour les années échues. En effet, dit-on, la loi n'accorde le privilège que pour l'année qui suit l'année courante, et l'interprétation restrictive est de rigueur pour toutes les dispositions qui établissent des causes de préférence : pas de privilège sans texte ni en dehors du texte.

D'après un second système, qui paraît difficile à soutenir et qui d'ailleurs a peu de partisans, le locateur a privilège pour l'année courante et l'année qui suit, mais non pour les années échues.

Il reste un troisième système, qui triomphe définitivement en jurisprudence et compte d'importants suffrages dans la doctrine : le privilège a lieu, non seulement pour l'année qui suit l'année courante, mais aussi pour l'année courante et pour les années échues. Il serait inconcevable que le législateur eût privilégié la créance d'une année à échoir, et qu'il n'eût pas privilégié la créance de l'année courante et des années échues. — A l'objection qui consiste à dire qu'il n'y a pas de privilège sans texte, on répond que le texte ne manque pas : la loi en effet a commencé par déclarer privilégiés tous les loyers et fermages d'immeubles, dans le passé comme dans l'avenir ; puis, quand elle arrive à l'hypothèse particulière qui nous occupe, celle d'un bail sans date certaine, elle restreint le privilège dans l'avenir ; quant au passé, elle ne s'en occupe pas et le laisse soumis par conséquent à la règle générale qu'elle vient d'établir un instant auparavant. D'ailleurs, l'art. 819 du code de procédure civile permet au locateur de faire saisir-gager les meubles affectés à son privilège, *pour loyers et fermages échus,* SOIT QU'IL Y AIT BAIL, SOIT QU'IL N'Y EN AIT PAS : c'est reconnaître implicitement que le locateur a privilège dans tous les cas pour les loyers et fermages échus. Enfin ce système nous paraît avoir été législativement consacré par la loi du 12 février 1872, qui a modifié les art. 450 et 550 du code de commerce, et par l'art. 1er de la loi du 19 février 1889. Le temps est venu d'en parler.

4. Modifications apportées à l'art. 2102-1° par des dispositions législatives postérieures.

1097 *bis*. Deux lois récentes sont venues restreindre dans une assez large mesure l'étendue que le code civil donnait au privilège du bailleur.

La première, en date du 12 février 1872 et intitulée *Loi portant modification des articles 450 et 550 du Code de commerce,* ne permet en aucun cas au bailleur de se faire payer par privilège, au cas de faillite du preneur, plus d'une année à partir de l'expiration de l'année courante.

La seconde, promulguée à la date du 19 février 1889, porte le titre de *Loi relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances.* L'art. 1er de cette loi est ainsi conçu : « *Le privilège accordé au bailleur d'un* » *fonds rural par l'article 2102 du Code civil ne peut être exercé, même* » *quand le bail a acquis date certaine, que pour les fermages des deux* » *dernières années échues, de l'année courante et d'une année à partir de* » *l'expiration de l'année courante, ainsi que pour tout ce qui concerne* » *l'exécution du bail et pour les dommages et intérêts qui pourront lui* » *être alloués par les tribunaux. — La disposition contenue dans le para-* » *graphe précédent ne s'applique pas aux baux ayant acquis date cer-* » *taine avant la promulgation de la présente loi* ».

Entrons dans quelques détails relativement à ces deux lois.

1. Loi du 12 février 1872.

1098. La réforme opérée par la loi du 12 février 1872 pour le cas de faillite du preneur s'imposait, s'il était vrai que l'art. 2102 dût recevoir l'interprétation que lui donnait ici la cour de cassation. Cette interprétation peut se résumer dans les propositions suivantes.

a. — La faillite du locataire rend exigibles immédiatement tous les loyers à échoir (arg. art. 1188 C. civ. et art. 444 C. co.). Il en est ainsi, alors même que les autres créanciers renoncent au droit de saisir le mobilier garnissant la maison louée, et que ce mobilier est jugé suffisant pour offrir au locateur une sûreté complète.

b. — Pour le paiement desdits loyers à échoir, le locateur peut exercer son privilège sur tout le mobilier qui garnit les lieux loués.

c. — Le locateur, qui n'est payé que partiellement des loyers à échoir sur le prix du mobilier, peut demander la résolution du bail pour toute la période correspondant aux loyers dont il n'a pas reçu le paiement anticipé. Un arrêt du 4 janvier 1860 paraît même dire en termes absolus que la faillite du locataire donne au locateur le choix entre l'action en résolution et l'action en paiement des loyers à échoir, par préférence aux autres créanciers. Cette demande en résolution, pas plus que l'exercice anticipé du privilège du locateur sur le mobilier garnissant la maison louée, ne peut être arrêtée par l'offre que font les créanciers de fournir au locateur de nouvelles sûretés, telles qu'une caution ou une hypothèque, pour garantir le paiement des loyers à échoir.

Les résultats de cette jurisprudence, au sujet de laquelle il y aurait beaucoup à dire, furent désastreux. Souvent la faillite, qui était une cause de perte pour tous les

autres créanciers, devenait la source d'un enrichissement pour le locateur : en vertu de son privilège, il se faisait payer par anticipation un nombre quelquefois considérable d'années à échoir, absorbant ainsi le plus clair de l'actif de la faillite, au préjudice de la masse; ou bien il obtenait la résiliation d'un bail, que la faillite aurait eu le plus grand intérêt à entretenir, par exemple pour profiter d'une augmentation de la valeur locative des lieux loués due aux dépenses et aux améliorations faites par le failli. De tels abus avaient provoqué les réclamations de toutes les chambres de commerce et d'un grand nombre de jurisconsultes. S'il est vrai que le code civil autorisât ces abus, et il les autorisait s'il devait recevoir l'interprétation que lui donnait la cour de cassation, il méritait d'être réformé sur ce point. C'est ce qu'a fait la loi du 12 février 1872, qui a modifié ou plutôt transformé les art. 450 et 550 du code de commerce. Du désordre et de l'obscurité de cette loi, fruit de l'initiative parlementaire et l'une de celles à notre avis qui ne font guère honneur à cette institution, on parvient, non sans peine, à dégager les propositions suivantes.

1° En cas de faillite du preneur, les syndics sont autorisés à continuer les baux des immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli (y compris les locaux dépendant de ces immeubles et servant à l'habitation du failli et de sa famille), ou à céder ces baux pour tout le temps restant à courir, à la charge par les syndics ou leurs cessionnaires de satisfaire à toutes les obligations résultant du bail.

2° Les syndics, qui veulent continuer le bail ou le céder, doivent notifier leur intention à cet égard au locateur dans un délai de huitaine, dont la loi fixe le point de départ. Le propriétaire a un délai de quinzaine à dater de cette notification pour demander la résiliation du bail. S'il use de ce droit, la demande en résiliation sera jugée d'après les règles du droit commun; la loi dit que le bailleur pourra demander la résiliation : ce qui ne signifie pas qu'il doive nécessairement l'obtenir. Si le bailleur laisse passer ledit délai de quinzaine sans demander la résiliation, il est censé avoir renoncé au droit de se prévaloir des causes de résiliation lors existantes : ainsi il ne pourra plus demander la résiliation du bail pour défaut de paiement des termes actuellement échus ou pour abus de jouissance déjà commis par le locataire. Mais, bien entendu, le locateur conserve le droit de demander la résiliation du bail pour les causes qui pourront se produire dans l'avenir, par exemple pour défaut de paiement des loyers à échoir, au fur et à mesure de leur échéance.

3° Si le bail est résilié sur la demande du bailleur, formée dans le délai dont il vient d'être parlé, le bailleur ne peut se faire payer par privilège que les loyers des deux années échues avant le jugement déclaratif de la faillite et ceux de l'année courante, outre les créances relatives à l'exécution du bail et les dommages et intérêts qui lui sont alloués par le tribunal. Quant aux loyers à venir, il ne saurait être question pour le bailleur d'en demander le paiement, puisque le bail est résilié. La loi ne distingue pas si le bail a ou non date certaine, et par conséquent les droits du locateur sont les mêmes dans l'un et l'autre cas.

4° Lorsqu'il y a vente et enlèvement des meubles garnissant les lieux loués, le bail est résilié de plein droit, et le locateur peut rentrer immédiatement en possession de son immeuble. Toutefois il lui est loisible de se faire payer par privilège une année à échoir à partir de l'expiration de l'année courante, auquel cas la résiliation du bail n'a lieu qu'à partir de cette date. Les créanciers ont le droit de relocation.

D'ailleurs, dans cette hypothèse comme dans la précédente, les droits du bailleur sont les mêmes, que le bail ait ou non date certaine. Sur ce point la disposition de la loi est formelle.

5° Si le bail n'est pas résilié, le locateur pourra, que le bail ait ou non date certaine, se faire payer par privilège tous les loyers échus. Quant aux loyers en cours ou à échoir, il n'aura le droit d'en demander le paiement qu'au fur et à mesure des échéances, si les sûretés qui ont été données lors du contrat sont maintenues ou si

celles qui lui ont été fournies depuis la faillite sont jugées suffisantes. Dans le cas contraire, il pourra exiger par toutes les voies de droit que ces sûretés lui soient fournies, et demander la résiliation du bail s'il ne les obtient pas.

6° La loi du 12 février 1872 n'est applicable qu'en cas de faillite du locateur; s'il tombe en déconfiture, l'art. 2102 du code civil conserve tout son empire.

2. Loi du 19 février 1889.

1098 *bis.* La loi du 19 février 1889 est une épave du projet de loi *relatif à l'organisation du crédit agricole mobilier,* qui était en préparation depuis 1882. Il s'agissait de procurer aux agriculteurs et principalement aux fermiers le crédit qui leur est nécessaire pour emprunter l'argent que réclament les besoins agricoles, par exemple les fonds destinés à l'achat d'engrais.

On proposait principalement dans ce but trois moyens.

D'abord la *commercialisation* (le mot est nouveau) des engagements contractés pour cause agricole. L'agriculteur aurait souscrit des effets à ordre énonçant la cause de son engagement, et sa situation quant aux obligations ainsi contractées eût été celle d'un commerçant qui a souscrit un billet à ordre ou une traite.

Ensuite le *gage sans déplacement.* L'agriculteur aurait pu, sans se dessaisir de son mobilier (instruments aratoires, animaux attachés à la culture...), l'affecter à titre de gage et par conséquent par privilège au remboursement d'un emprunt pour cause agricole. — Il faut appeler les choses par leur nom : c'était une hypothèque du mobilier que l'on introduisait dans notre législation, sous la dénomination trompeuse de gage sans déplacement.

Voilà les deux premiers moyens. Mieux vaut certes laisser l'agriculteur sans crédit que de lui en procurer à ce prix !

Le troisième moyen, qui n'offre pas les mêmes dangers, consiste dans la restriction du privilège du bailleur. En effet le crédit du fermier sera d'autant plus grand qu'il sera moins lourdement grevé par le privilège du bailleur. C'est la seule disposition du projet relatif au crédit agricole mobilier, qui ait été conservée, avec une autre qui se rattache plus indirectement encore au crédit agricole et dont nous avons parlé au n. 1062 *bis,* et dès lors il a fallu changer le titre de la loi.

On sait dans quelle mesure la loi nouvelle restreint le privilège du bailleur : les deux dernières années échues, l'année courante et l'année qui suit, sans qu'il y ait à distinguer si le bail a ou non date certaine (*supra* n. 1097 *bis*). Cette restriction profite à tous les créanciers du preneur et non pas seulement aux créanciers pour cause agricole. Le Sénat a repoussé un amendement en sens contraire de M. Marcel Barthe. Nous croyons que les autres créanciers du preneur auraient le droit de relocation pour la période du bail dont le bailleur aurait reçu le prix par anticipation en vertu de l'exercice de son privilège. Le privilège est maintenu pour *tout ce qui concerne l'exécution du bail,* expressions empruntées à l'art. 2102-1° du code civil et à la loi de 1872, et qui conservent le même sens. En outre le privilège est étendu aux dommages et intérêts qui seraient alloués au propriétaire par les tribunaux, ce qui comprend sans doute l'indemnité de résiliation du bail, au cas où la résiliation est prononcée sur la demande du bailleur.

La restriction établie par l'art. 1 de la loi du 19 février 1889, n'atteint que le privilège du bailleur d'un fonds rural. Le privilège du bailleur d'un fonds urbain demeure intact, sauf les restrictions résultant de la loi de 1872 pour le cas de faillite du locataire. Le bailleur peut donc exercer son privilège avec toute l'extension que lui donne le code civil, à l'encontre des créanciers du locataire en déconfiture : ce dont il n'est pas bien facile de rendre raison. Le projet assimilait sur ce point le bailleur d'un fonds urbain au bailleur d'un fonds rural. Pourquoi cette assimilation qui paraissait si logique n'a-t-elle pas été maintenue? Au lecteur de juger les raisons

que nos législateurs en ont données. En premier lieu, ce qui les préoccupait c'était le crédit *agricole* seulement. Secondement, le besoin de la restriction du privilège du bailleur se fait moins sentir pour un locataire que pour un fermier. D'abord parce que le mobilier du fermier constitue le plus souvent tout son avoir, tandis que le locataire a ordinairement d'autres ressources que le mobilier affecté au privilège du locateur. Ensuite parce que le gage du locateur d'un fonds urbain est proportionnellement moins considérable que le gage du bailleur d'un fonds rural. Ainsi, dans certaines fermes de la Beauce et des environs de Paris, le mobilier du fermier, surtout son mobilier agricole, atteint souvent une valeur de cinquante à cent mille francs, pour un prix de ferme de dix à quinze mille francs, tandis que, pour un loyer du même prix, les meubles apportés par le locataire dans la maison louée auront ordinairement une moindre importance.

II. *Du droit de saisie-revendication accordé au locateur.*

1099. « *Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilège, pourvu qu'il ait fait la revendication; savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours; et dans celui de quinzaine, s'il s'agit des meubles garnissant une maison* » (art. 2102-1° al. 5).

Ainsi, quand les meubles affectés au privilège du bailleur sont déplacés sans son consentement, la loi lui accorde le droit de les revendiquer contre le détenteur.

Mais comment cela se peut-il? La revendication est l'apanage du droit de propriété; or le bailleur n'est pas propriétaire des meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme; il semble donc qu'il ne puisse pas avoir le droit de les revendiquer. — Sans doute le locateur n'est pas propriétaire des meubles affectés à son privilège, mais il a sur eux un droit de gage. C'est sur le fondement de ce droit qu'il les revendique, quand ils ont été détournés. Ce qu'il demande, c'est leur réintégration dans sa maison ou dans sa ferme, afin qu'il puisse, le cas échéant, exercer sur eux son droit de privilège. L'action qu'il exerce est une *pignoris vindicatio*.

La revendication du locateur diffère de celle du propriétaire quant à sa cause. Celle-ci est fondée sur un droit de propriété; celle-là sur un droit de gage, *jus pignoris*. Mais l'une et l'autre ont le même but : reconquérir la possession de la chose; avec cette différence assez insignifiante que le propriétaire revendique pour posséder par lui-même, tandis que le locateur revendique pour posséder par l'entremise de son locataire. — Quelques auteurs, pour éviter toute confusion entre la revendication du propriétaire et celle du locateur, qualifient cette dernière du nom de *saisie-revendication :* expression dont l'emploi paraît autorisé par notre texte, qui, après avoir dit que le locateur peut *saisir* les meubles..., désigne plus loin son action sous le nom de *revendication*.

1100. Ainsi qu'on le voit, le privilège du locateur est armé d'un *droit de suite,* par exception à la règle de l'art. 2119. Ce droit de suite ou revendication peut être exercé même contre un possesseur de bonne foi, par exemple contre un acheteur

qui a traité dans l'ignorance du privilège du locateur (1). Dumoulin et Pothier l'admettaient, et telle est encore l'opinion à peu près unanime des auteurs. Elle est fondée sur la généralité des termes de la loi, qui accorde le droit de revendication sans aucune restriction. Il en résulte que le bailleur est mieux traité que le propriétaire; car la revendication de ce dernier échoue contre un possesseur de bonne foi (art. 2279). Je vous vends un tableau, qui ne m'appartient pas, mais dont vous me croyez propriétaire; vous pourrez paralyser la revendication, que le véritable propriétaire dirigera contre vous, en lui opposant la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre*. Si, au contraire, je vous vends un tableau, dont je suis propriétaire, mais qui à votre insu était affecté, comme meuble garnissant, à la garantie du propriétaire de la maison que j'occupe en qualité de locataire, malgré votre bonne foi vous ne pourrez pas échapper à la revendication du locateur. N'est-ce pas là une anomalie singulière? Les droits du propriétaire ne sont-ils pas plus sacrés que ceux du locateur, et se peut-il que le premier échoue là où le second réussit? — On a essayé de justifier la loi, en disant que le preneur, qui déplace le mobilier garnissant la maison louée ou la ferme sans le consentement du bailleur, commet au préjudice de celui-ci une sorte de vol, un *vol de gage;* or la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* reçoit exception relativement aux choses volées ou perdues (art. 2279 al. 2). — Il resterait à prouver que notre législateur a considéré comme un vol le détournement, opéré par le preneur, de choses *qui lui appartiennent;* or rien n'est moins démontré; en tout cas, ce vol ne ressemble guère à celui que définit l'art. 379 du code pénal. Finalement, il est difficile d'expliquer le droit de revendication, accordé au locateur même contre les possesseurs de bonne foi, autrement que par la faveur traditionnelle dont jouit son privilège. Voyez sur ce point les diverses décisions judiciaires rapportées dans Sirey, 1885. 2. 92 et 131, et 1885. 4. 8.

1101. La loi exige deux conditions, pour que le locateur puisse exercer la saisie-revendication des objets détournés de la maison louée ou de la ferme.

1102. Première condition. Il faut que le bailleur n'ait pas consenti au déplacement des objets; car s'il y a donné son consentement, il a implicitement renoncé à son privilège et au droit de revendication qui en est l'appendice. D'ailleurs on pourrait se prévaloir contre le bailleur d'un consentement tacite aussi bien que d'un consentement exprès. Ainsi il s'agit d'objets qui ont été enlevés en sa présence et sans qu'il protestât; il ne sera pas admis à les revendiquer. De même, celui qui loue sa maison à un commerçant, qui la garnit de marchandises pour les besoins de son commerce, ne peut pas revendiquer ces marchandises entre les mains des divers acheteurs à qui elles ont été livrées. Le bailleur a dû nécessairement consentir à ce que le preneur vendît et livrât les marchandises placées par lui dans la maison, puisque c'est la condition même de l'exercice de sa profession; tout ce qu'il peut exiger, c'est que le preneur remplace les marchandises vendues

(1) Peut-il être exercé contre celui qui a acheté les objets, affectés au privilège du bailleur, en foire ou d'un marchand vendant des choses pareilles, sans que le bailleur soit tenu de rembourser à l'acheteur le prix par lui payé? Voyez dans le sens de l'affirmative Chambéry, 13 juillet 1886, Sir., 87. 2. 10, et Nancy, 6 décembre 1884, Sir., 85. 2. 131. En sens contraire, Tribunal de Montmédy, 20 mars 1884, Sir., 84. 2. 86.

par de nouvelles, de manière à assurer, le cas échéant, l'exercice du privilège (art. 1752). De même enfin, le bailleur d'un immeuble rural ne pourrait pas revendiquer les fruits du fonds contre les acheteurs auxquels le fermier les aurait vendus et livrés ; car telle est leur destination. Il en serait autrement, si le fermier, dans le but de les soustraire au privilège, les avait détournés de la ferme et déposés en mains tierces.

Pourrait-on opposer comme fin de non-recevoir au bailleur, exerçant la revendication de meubles détournés sans son consentement, cette circonstance qu'il reste encore dans la maison ou dans la ferme des meubles d'une valeur suffisante pour sa garantie? Si l'on s'en tient à l'art. 2102, la question n'est pas douteuse. La revendication, complément du privilège, s'applique à tous les meubles compris dans le privilège; or le privilège s'étend à tous les meubles garnissant la maison louée ou la ferme; donc aussi le droit de revendication. La jurisprudence, qui avait d'abord admis cette solution, semble aujourd'hui fixée en sens contraire ; mais il est douteux qu'en se réformant sur ce point elle se soit améliorée. L'art. 1752, qu'elle invoque, donne bien au locataire le droit de ne garnir la maison louée que des meubles suffisants pour la sûreté du locateur; mais il ne lui donne pas le droit, quand il en a mis davantage, donnant ainsi au locateur une sûreté plus considérable que celle qu'il lui doit, de diminuer après coup cette sûreté sans le consentement du locateur. On dit que le bailleur a tacitement consenti au déplacement de tout ce qui excède les sûretés nécessaires. C'est justement ce qui est en question et ce qu'il faudrait prouver.

1103. Deuxième condition. Il faut que la revendication soit opérée dans un bref délai, que la loi fixe à quarante jours, s'il s'agit du mobilier garnissant une ferme, et à quinze jours, s'il s'agit du mobilier garnissant une maison. Le délai est plus long pour le mobilier garnissant une ferme, parce que, la ferme étant isolée et ordinairement éloignée du domicile du propriétaire, les détournements opérés par le fermier parviendront plus difficilement à sa connaissance.

Ce motif même prouve que le délai de quarante jours ou de quinze jours a pour point de départ, dans la pensée du législateur, le jour de l'enlèvement. En effet, si le délai devait courir à dater du jour où le déplacement est parvenu à la connaissance du propriétaire, on ne s'expliquerait guère pourquoi il ne serait pas le même dans tous les cas. Peut-être cependant faudrait-il décider que le délai ne court que du jour où le propriétaire a eu connaissance de l'enlèvement, lorsqu'une fraude a été pratiquée à l'encontre du locateur pour lui dissimuler le déplacement, par exemple si le locataire a corrompu à prix d'argent le concierge de la maison pour qu'il gardât le silence.

Si le locataire avait seulement vendu des meubles sans les livrer, le délai de quarante jours ou de quinze jours ne courrait pas.

Une fois le délai légal expiré, le locateur a perdu son droit de revendication et par suite son privilège sur les objets déplacés. L'intérêt de la libre circulation des meubles explique la brièveté du délai assigné par la loi à l'exercice de l'action du locateur.

N° 1 *bis*. De quelques privilèges qui priment celui du locateur.

1104. La loi organise incidemment, dans l'art. 2102-1° al. 4, deux privilèges, qui ont une certaine affinité avec celui du locateur et qui le priment en cas de concours. « *Néanmoins les sommes dues pour les* » *semences ou pour les frais de la récolte de l'année, sont payées sur le* » *prix de la récolte, et celles dues pour ustensiles, sur le prix de ces* » *ustensiles, par préférence au propriétaire dans l'un et l'autre cas* ».

Nous avons ici deux privilèges distincts confondus dans une même disposition : il nous faut les étudier successivement. Nous disons deux privilèges. Le mot n'est pas écrit dans la loi ; mais il importe peu, du moment que la chose s'y trouve. En effet les deux créances dont il s'agit sont déclarées préférables à celle du locateur, qui est elle-même privilégiée.

1. *Privilège accordé à raison des sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année.*

1105. Ce privilège appartient à tous ceux qui ont pris une part directe à l'ensemencement des terres et à la levée des récoltes, et aussi au vendeur de semences, la loi disant dans les termes les plus généraux : « les sommes dues pour les semences ». Il est fondé sur cette considération, toute d'équité, que ceux qui ont contribué par leur travail ou la fourniture des semences à la production de la récolte doivent être payés par préférence sur le prix de cette récolte, puisque sans eux cette partie du gage des créanciers n'existerait pas.

La créance de celui qui a fourni les engrais employés par le fermier à fertiliser le sol, jouirait-elle du privilège qui nous occupe? Nous ne le croyons pas; car elle ne paraît pas comprise dans les termes de la loi : « les sommes dues pour les semences » ou pour les frais de la récolte », ce qui est décisif, l'interprétation restrictive étant de droit en matière de privilèges.

Un motif analogue ne nous permet pas de souscrire à une décision de la cour de Bordeaux du 1er janvier 1872, qui accorde notre privilège au vendeur de futailles destinées à loger une récolte de vins. Mais le vendeur de futailles aurait droit, sur le prix de la récolte, au privilège accordé à celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose (art. 2102-3°). Ce privilège ne prime pas celui du locateur (*infra*, n. 1134), et par conséquent il est moins avantageux que celui accordé pour les semences et pour les frais de la récolte de l'année (v. art. 2102-1° al. 4).

Le privilège à raison des sommes dues pour les semences et pour les frais de la récolte de l'année ne porte que sur cette récolte, et non sur les récoltes des années antérieures. Nous venons de dire qu'il prime celui du locateur.

2. *Privilège accordé à celui auquel des sommes sont dues pour ustensiles.*

1106. Il s'agit d'ustensiles destinés à l'exploitation du fonds loué, à son exploitation agricole très certainement (ustensiles aratoires) et peut-être aussi à son exploitation industrielle. Mais le privilège ne s'appliquerait pas aux sommes dues pour ustensiles de ménage, l'ordre

d'idées que poursuit le législateur ne permettant pas de croire qu'il songeait à ces derniers, bien qu'il parle d'une manière générale des sommes dues pour *ustensiles*.

Le privilège dont il s'agit appartient à tous ceux qui, pendant le cours du bail, ont vendu, fabriqué ou réparé des ustensiles destinés à l'exploitation du fonds loué ; car la loi dit d'une manière générale : « les sommes dues pour ustensiles ». Il porte sur les ustensiles eux-mêmes, et prime celui du locateur, sans qu'il y ait à distinguer sur ce point s'il est de bonne ou de mauvaise foi. Ce privilège est fondé sur une raison d'équité : la créance de celui qui a mis ou conservé un bien dans le patrimoine du débiteur doit être payée par préférence à toutes autres sur le prix de ce bien.

N° 2. Privilège du créancier gagiste.

1107. L'art. 2102-2° déclare privilégiée : « *La créance sur le gage » dont le créancier est saisi* ». L'art. 2073 nous a déjà dit que le créancier gagiste a un privilège sur la chose donnée en gage; et, si la loi le répète ici, c'est parce qu'elle veut donner dans l'art. 2102 une énumération à peu près complète des privilèges spéciaux sur les meubles.

Le privilège du créancier gagiste est subordonné à la possession de la chose par le créancier; notre texte rappelle cette condition, qui a été formulée déjà par l'art. 2076. En perdant la possession du gage, le créancier gagiste perd donc son privilège. Et toutefois cela doit s'entendre de la perte volontaire de la possession. Si la dépossession du créancier gagiste était le résultat d'une perte ou d'un vol, il aurait le droit de revendiquer son gage entre les mains du possesseur même de bonne foi (*pignoris vindicatio*). Ce droit de revendication appartient au locateur, bien qu'il n'existe à son profit qu'une constitution tacite de gage; à plus forte raison doit-il appartenir au créancier gagiste, qui peut invoquer une constitution expresse. D'ailleurs l'art. 2279 al. 2 accorde le droit de revendication, dans les termes les plus généraux, à « celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose » : expression assez large pour comprendre non seulement le propriétaire mais en outre le créancier gagiste. Aussi est-ce à l'art. 2279 qu'il faut emprunter la fixation du délai, pendant lequel l'action en revendication du créancier gagiste pourra être exercée. Le délai sera donc de trois ans, comme pour le propriétaire. On arrive ainsi, il est vrai, à accorder au créancier gagiste, pour l'exercice de la revendication, un délai beaucoup plus long qu'au locateur; mais cette différence peut se justifier par cette considération, qu'il existe une constitution expresse de gage au profit du créancier gagiste, tandis qu'il n'existe qu'une constitution tacite au profit du locateur.

L'art. 2280 serait opposable, le cas échéant, au créancier gagiste comme au propriétaire.

N° 3. Privilège des frais faits pour la conservation de la chose.

1108. Les frais faits pour la conservation d'une chose l'empêchent de périr ou de perdre son utilité et par suite sa valeur. Il est donc juste que celui qui a sauvé cette partie du gage commun soit préféré sur elle aux autres créanciers pour le paiement de sa créance; *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* (l. 6, D., *Qui pot. in pign.*). Aussi

le privilège qui nous occupe porte-t-il sur la chose tout entière, et non pas seulement sur la plus-value produite par les dépenses de conservation; d'ailleurs il peut ne pas y avoir de plus-value. Ce privilège est indépendant de toute idée de nantissement, à la différence du privilège accordé au locateur et au créancier gagiste.

Par frais de *conservation* il faut entendre tous les frais sans lesquels la chose aurait péri en tout ou en partie, et même ceux sans lesquels cette chose serait devenue impropre à l'usage auquel elle est destinée; les frais de *réparation* sont donc des frais de conservation *hoc sensu*. Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'une chose incorporelle ou d'une chose corporelle, et, dans ce dernier cas, qu'elle soit animée ou inanimée : ainsi la créance du vétérinaire, qui a soigné un cheval, serait privilégiée sur le prix de l'animal, aussi bien que la créance de l'ouvrier qui a réparé un piano, sur le prix du piano.

Mais le principe d'interprétation restrictive, qui domine toute cette matière, ne permet pas d'étendre aux frais d'*amélioration* le privilège que notre texte accorde seulement pour les frais de *conservation,* bien que de puissantes considérations d'équité puissent militer en faveur de cette extension. D'ailleurs, comme on le verra plus loin (art. 2103-4°), quand la loi accorde un privilège pour frais d'amélioration, elle ne le fait porter que sur la plus-value acquise par la chose : ce qui est très rationnel, car c'est cette plus-value seulement qui est entrée dans le patrimoine du débiteur par suite des frais d'amélioration; et, pour isoler cette plus-value, la loi exige l'accomplissement de certaines formalités particulières. Le législateur n'eût pas manqué vraisemblablement de procéder de la même façon, s'il eût voulu accorder un privilège à celui qui a fait des frais pour l'amélioration d'une chose mobilière. Peut-être a-t-il été arrêté par une difficulté de fait, celle de trouver un procédé simple et peu coûteux pour isoler la plus-value produite par l'amélioration.

Plusieurs auteurs, qui reconnaissent, à raison du silence de la loi, l'impossibilité d'accorder un privilège à celui qui a fait des frais d'amélioration, lui accordent un droit de rétention. Mais l'argument, qu'on tire en faveur de cette solution de l'art. 570, est d'une faiblesse extrême; car, outre que ce n'est qu'un argument d'analogie et que l'analogie n'est pas suffisante pour faire admettre le droit de rétention (*supra,* n. 1054), il n'est même pas certain que le droit de rétention doive être admis dans l'hypothèse prévue par l'art. 570.

N° 4. Droits du vendeur d'effets mobiliers non payé.

1109. La vente étant le plus usuel et le plus nécessaire des contrats, la loi a cru devoir, dans le but de la favoriser, multiplier les garanties autour du vendeur. Ces garanties sont au nombre de quatre, quand la vente porte sur des effets mobiliers, savoir : 1° un droit de rétention (art. 1612); 2° un droit de résolution (art. 1654 et 1184); 3° un privilège; 4° un droit de revendication.

Nous n'avons à nous occuper ici que du privilège et du droit de revendication, ayant traité déjà du droit de rétention et du droit de résolution (*supra,* n. n. 517, 572 et s.).

I. *Du privilège.*

1110. La loi organise le privilège du vendeur d'effets mobiliers dans le premier alinéa du n. 4 de l'art. 2102 : « Les créances privilégiées » sur certains meubles sont... 4° *Le prix d'effets mobiliers non payés,* » *s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à* » *terme ou sans terme* ». Le vendeur d'une chose mobilière a donc le droit de se faire payer son prix sur la chose vendue, par préférence aux autres créanciers de l'acheteur. Il est juste en effet que la chose vendue soit affectée tout d'abord au paiement du prix de vente, puisque, sans la vente, la chose ne figurerait pas dans le patrimoine de l'acheteur. D'ailleurs le vendeur peut être considéré comme n'ayant consenti à transférer la propriété de la chose à l'acheteur que déduction faite d'un privilège, par lui retenu sur cette chose pour assurer le paiement de son prix. Tel est le fondement du privilège qui nous occupe.

1111. Son origine est toute française. Il était inconnu en droit romain. De deux choses l'une en effet : — Ou la vente était faite sans terme accordé pour le paiement du prix, et alors le vendeur, eût-il fait la tradition, restait propriétaire de la chose vendue jusqu'à ce qu'il eût reçu le paiement du prix ou une satisfaction considérée comme équivalente; il était donc impossible alors de lui accorder un privilège, parce qu'on ne peut pas avoir de privilège sur une chose dont on est propriétaire, et cette garantie eût été d'ailleurs inutile; — Ou bien le vendeur avait concédé un terme à l'acheteur pour le paiement du prix, et alors on le considérait comme ayant suivi sa foi; l'acheteur devenait donc propriétaire irrévocable en vertu de la tradition, et le vendeur demeurait simple créancier chirographaire du prix (*Instit. Justin.*, § 41, *De rerum divisione*).

Sans doute, le vendeur suit la foi de l'acheteur, quand il lui accorde un terme. Mais, si on tire de là cette conséquence que le vendeur n'aura plus alors aucune garantie pour le paiement de son prix, l'acheteur se verra presque toujours refuser le terme qu'il sollicite ou ne l'obtiendra qu'en fournissant des sûretés, et bien des ventes seront ainsi entravées. Ne vaut-il pas mieux, pour favoriser la vente, rassurer pleinement le vendeur qui consent à faire crédit à l'acheteur? On l'avait ainsi pensé dans notre ancien droit (v. l'art. 177 de la coutume de Paris), et tel a été aussi le sentiment des rédacteurs du code civil. L'art. 2102-4° va même plus loin que notre ancien droit : il accorde le privilège au vendeur soit dans les ventes à terme, soit dans les ventes sans terme, tandis que notre ancienne jurisprudence ne l'accordait que dans les ventes à terme. Cette différence tient à un changement dans les principes relatifs au transport de la propriété. Dans notre ancien droit, le vendeur restait propriétaire jusqu'au paiement du prix, quand la vente était faite sans terme; il ne pouvait donc être question dans ce cas de lui accorder un privilège, parce qu'on ne peut pas, comme nous l'avons déjà dit, avoir de privilège sur sa propre chose. Dans notre droit actuel, au contraire, la propriété de la chose vendue est immédiatement transférée à l'acheteur, que la vente soit faite avec ou sans terme, et le besoin du privilège se fait sentir dans l'un comme dans l'autre cas.

1112. Le privilège du vendeur d'effets mobiliers prend naissance dans les ventes de choses incorporelles, telles qu'une créance, un fonds de commerce, un office ministériel, aussi bien que dans les ventes de choses corporelles. Les termes de l'art. 2102-4° excluent toute distinction, les mots *effets mobiliers* ayant un sens très général (v. art. 535); l'esprit de la loi confirme d'ailleurs l'induction que fournit son texte.

1113. Conditions requises pour l'exercice du privilège. — L'art. 2102-4° n'en exige qu'une seule, savoir que la chose vendue soit encore en la possession de l'acheteur. Donc, si l'acheteur a revendu la chose et qu'il l'ait livrée, le privilège du premier vendeur est perdu.

C'est une application de la règle que les meubles n'ont pas de suite par privilège (arg. art. 2119); et, comme cette règle n'est elle-même qu'une conséquence de la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279), on doit en conclure que le vendeur peut faire valoir son privilège contre tout tiers possesseur qui n'est pas en situation d'invoquer ladite maxime, c'est-à-dire : 1° contre un possesseur de mauvaise foi (la mauvaise foi résultera ici de ce seul fait que le possesseur a connu au moment de son acquisition l'existence du privilège du vendeur); 2° contre un possesseur même de bonne foi, si la chose n'est sortie des mains de l'acheteur que par suite d'une perte ou d'un vol (arg. art. 2279 al. 2), sauf cependant l'exception contenue en l'art. 2280.

1114. D'ailleurs il n'est pas nécessaire, pour que le vendeur puisse exercer son privilège, que l'acheteur ait la détention matérielle de la chose ; il suffit qu'il en ait la possession de droit.

Ainsi l'acheteur d'un objet mobilier corporel l'a prêté à un ami ou l'a déposé chez quelqu'un. Bien qu'en fait l'emprunteur ou le dépositaire détienne la chose, en droit c'est le propriétaire, c'est-à-dire l'acheteur, qui la possède ; car l'emprunteur et le dépositaire ne possèdent pas pour leur compte, mais pour celui du propriétaire, dont ils reconnaissent le droit : ils sont possesseurs à titre précaire. L'acheteur *possède* donc la chose, quoiqu'il ne la *détienne* pas, et par suite le vendeur pourra exercer son privilège.

Il en sera de même, si l'acheteur d'une chose mobilière l'a donnée en gage ; l'acheteur ne cesse pas pour cela de posséder, quoiqu'il n'ait plus la détention matérielle de la chose : il possède par l'intermédiaire du créancier gagiste, qui est, lui aussi, un possesseur à titre précaire, au moins quant à la propriété ; la détention du créancier gagiste ne fera donc pas obstacle à l'exercice du privilège du vendeur. Est-ce à dire que le vendeur sera préféré au créancier gagiste sur le prix de la chose? Non; c'est au contraire le créancier gagiste qui sera préféré, au moins s'il est de bonne foi ; mais, le créancier gagiste une fois payé sur le prix de la chose, le vendeur pourra ensuite exercer son privilège sur l'excédent de ce prix.

La préférence, que nous accordons au créancier gagiste de bonne foi sur le vendeur, s'induit avec certitude de l'art. 2102-4° al. 3, ainsi conçu : « *Le privilège du vendeur ne s'exerce toutefois qu'après celui* » *du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins qu'il ne soit* » *prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres* » *objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au loca-* » *taire* ». L'acheteur d'une chose mobilière corporelle l'a placée dans une maison qu'il habite en qualité de locataire ; la voilà par ce seul

fait affectée au privilège du locateur. Le privilège du vendeur de la chose, en supposant qu'il soit encore créancier du prix, sera-t-il perdu pour cela ? Non ; mais la loi dit qu'il ne s'exercera qu'après celui du locateur, si celui-ci est de bonne foi : ce qui dans le doute devrait être présumé. Eh bien ! ce que la loi dit du locateur, qui ne peut se prévaloir que d'une constitution tacite de gage, il faut l'appliquer *a fortiori* au créancier gagiste, en faveur duquel existe une constitution expresse.

1115. La loi n'exige pas pour le privilège du vendeur d'effets mobiliers, comme elle l'exige pour la revendication dont il sera parlé plus loin, que la chose vendue soit encore *dans le même état ;* un changement dans l'état de la chose ne ferait donc pas obstacle à l'exercice du privilège. Il faut cependant que la chose soit encore reconnaissable. Ainsi, l'acheteur d'une coupe à faire, ayant transformé sur place le bois en charbon, le vendeur pourra bien exercer son privilège sur ce charbon ; mais celui qui a vendu du houblon ne pourrait pas élever la prétention d'exercer son privilège sur la bière dans la fabrication de laquelle on l'a fait entrer.

* **1116.** Voici maintenant plusieurs questions délicates.

* **1117.** *Première question.* — Le privilège du vendeur subsiste-t-il, quand l'acheteur, qui n'a pas encore payé son prix, a lui-même revendu la chose, mais ne l'a pas encore livrée ? On admet en général l'affirmative. En effet le privilège du premier vendeur existe *erga omnes* par le seul fait de la vente ; si le vendeur ne peut pas l'exercer contre l'acquéreur de bonne foi, c'est par application de la règle que les meubles n'ont pas de suite par privilège (art. 2119) ; or, nous l'avons déjà dit, cette règle n'est elle-même qu'une application de la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* qui ne peut être invoquée que par les acquéreurs nantis. D'ailleurs l'art. 2102-4° n'exige qu'une condition pour l'exercice du privilège, savoir que l'acheteur soit encore en possession. — On objecte que « La propriété des meubles corporels se transfère par le seul effet de la convention, sauf seulement les droits des tiers possesseurs ou des créanciers nantis. Les autres créanciers ne sont pas autorisés à frapper de saisie les meubles vendus par leur débiteur, bien qu'il ne les ait pas encore livrés ; et, quand de fait ils les ont fait saisir, l'acheteur peut en poursuivre la revendication. Cela étant, il faudrait, pour permettre au premier vendeur de saisir au préjudice d'un second acheteur les meubles par lui vendus, attribuer à son privilège un véritable droit de suite, sans lequel il n'y a point d'action possible contre cet acheteur, devenu propriétaire indépendamment de toute tradition ». Ainsi s'expriment MM. Aubry et Rau, t. III, § 261, note 2. — Est-il bien exact de considérer comme exerçant un droit de suite le vendeur, qui fait valoir son privilège sur la chose vendue, au préjudice d'un second acquéreur non encore mis en possession ? Nous ne le croyons pas. Exercer le droit de suite, c'est suivre son gage entre les mains d'un tiers détenteur : ce qui suppose que le gage est sorti des mains du débiteur ; or ici l'acheteur est encore détenteur du gage.

* **1118.** *Deuxième question.* — Le vendeur, qui ne peut plus exercer son privilège sur la chose vendue parce que cette chose a été revendue et livrée par l'acheteur, ne peut-il pas au moins se faire attribuer par préférence à tous autres le prix

de cette chose, encore dû à l'acheteur ? En d'autres termes, en cas de revente volontaire suivie de tradition, le privilège du premier vendeur est-il transporté sur le prix encore dû ? Nous admettons l'affirmative. En définitive, c'est sur le prix de la chose que s'exerce le privilège, et non sur la chose elle-même ; car l'exercice du privilège suppose nécessairement la transformation de la chose en argent. L'art. 2102-1° le dit en toutes lettres pour le privilège du locateur, et il est évident qu'il en est de même pour tous les autres privilèges. Cette circonstance que la chose a été vendue ne peut donc avoir pour résultat d'éteindre le privilège, si le prix en est encore dû. On ne le conteste pas pour le cas où la chose a été vendue sur saisie (ce serait la négation même du privilège), ni pour celui où elle a été vendue par un administrateur agissant pour le compte de tous les créanciers, par exemple par le syndic d'une faillite, par un héritier bénéficiaire ; alors pourquoi en serait-il autrement au cas de vente volontaire faite par l'acheteur ? — On objecte que l'art. 2102-4° subordonne l'existence du privilège à cette condition que la chose soit encore en la possession de l'acheteur ; donc, dit-on, le privilège sera perdu, si l'acheteur, après avoir revendu la chose, l'a livrée à l'acquéreur. — C'est mal entendre la disposition qui vient d'être citée. Elle signifie tout simplement que, les meubles n'ayant pas de suite par privilège, le vendeur ne peut pas inquiéter le sous-acquéreur de bonne foi qui est en possession et qui a payé son prix ; mais elle ne signifie pas que le premier vendeur ne puisse pas se faire attribuer, par préférence aux autres créanciers de l'acheteur, le prix encore dû par le sous-acheteur. Et pourquoi donc ne le pourrait-il pas ? Le privilège qui nous occupe est fondé sur cette considération, que, le vendeur ayant mis la chose vendue dans le patrimoine de l'acheteur, il est juste que cette chose lui soit affectée par préférence pour son paiement. Ce qui est vrai de la chose ne l'est-il pas de son prix, et n'est-il pas exact de dire ici : *Pretium succedit loco rei ?*

* **1119.** *Troisième question.* — Le privilège du vendeur d'une chose mobilière est-il perdu, si l'acheteur a transformé cette chose en un immeuble par destination ? Ainsi le vendeur d'une machine perdra-t-il son privilège, si l'acheteur, ayant attaché cette machine à perpétuelle demeure à un bâtiment dont il est propriétaire, l'a ainsi immobilisée (art. 524) ? La négative semble résulter des art. 502-1° et 593 combinés du code de procédure civile, qui permettent au vendeur de saisir *mobilièrement* la chose vendue, malgré son immobilisation par destination. C'est dire que la fiction en vertu de laquelle cette chose est immobilisée, n'est pas opposable au vendeur ; par suite elle ne lui fera pas perdre son privilège. Cette solution est généralement admise, quand le conflit s'élève entre le vendeur et les créanciers chirographaires de l'acheteur. Elle est au contraire beaucoup plus vivement contestée pour le cas où le vendeur veut opposer son privilège à un créancier hypothécaire de l'acheteur, qui élève la prétention d'exercer son droit hypothécaire sur la chose vendue, en qualité d'accessoire de l'immeuble sur lequel porte son hypothèque. Nous ne faisons qu'indiquer la question.

D'ailleurs on est d'accord pour admettre que, si la chose mobilière vendue a été transformée en un immeuble *par nature,* par exemple si des matériaux vendus ont été incorporés dans la construction d'un édifice, le privilège du vendeur est perdu. Ici l'immobilisation est complète, absolue. Outre que la chose sera le plus souvent non reconnaissable, elle a perdu son individualité, sa nature propre, qu'il n'est plus possible, comme dans le cas d'immobilisation par destination, de lui restituer par la rupture d'un lien matériel ou simplement intellectuel. Il y a ici une réalité qui s'oppose d'une manière invincible à l'exercice du privilège du vendeur de la chose : c'est sa transformation définitive en un immeuble dont elle forme une partie intégrante. L'immobilisation existe *erga omnes,* parce qu'elle est le résultat de la réalité, et non le produit d'une fiction.

II. *Droit de revendication.*

1120. Indépendamment du privilège dont il vient d'être parlé et comme appendice de ce privilège, la loi accorde sous certaines conditions au vendeur d'effets mobiliers non payé un droit de revendication sur la chose vendue : « *Si la vente a été faite sans terme, le vendeur* » *peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de* » *l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit* » *faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans* » *le même état dans lequel cette livraison a été faite* (art. 2102-4° al. 2).

Au premier abord, cette revendication paraît être un non-sens. La propriété de la chose vendue n'a-t-elle pas été transférée à l'acheteur par le seul effet de la vente (art. 1138 et 1583)? Si le vendeur a cessé d'être propriétaire, comment peut-il revendiquer?

Ce n'est pas comme propriétaire qu'il revendique, mais comme créancier ayant un droit de rétention, comme rétenteur. Le vendeur peut dire à l'acheteur : « Je vous ai vendu sans terme; par suite je pouvais exiger de vous un paiement immédiat, et, à défaut, retenir la chose vendue jusqu'au paiement du prix (art. 1612). Par égard pour vous, j'ai bien voulu ne pas user de mon droit dans toute sa rigueur, ne me dessaisissant de la chose d'une main qu'en recevant l'argent de l'autre; je vous ai fait la livraison, comptant sur la fidèle exécution de votre engagement, c'est-à-dire sur un paiement immédiat ou presque immédiat. Mais vous avez trompé ma légitime attente. Deux jours, trois jours, plus peut-être, se sont écoulés sans que vous vous soyez préoccupé de me payer. Je me repens aujourd'hui d'avoir été trop confiant envers vous, et je demande à reprendre *jure retentionis,* jusqu'au paiement du prix, la possession de la chose vendue, dont j'aurais eu le droit de ne pas me dessaisir avant d'être payé. Je revendique la chose, non pas sur le fondement d'un droit de propriété qui ne m'appartient plus, mais sur le fondement d'un droit de rétention, auquel je n'ai renoncé que sous une condition qui n'a pas été remplie. Ce que je demande tout simplement, c'est de reconquérir la situation que j'avais avant la tradition ».

La revendication, autorisée par l'art. 2102-4°, est donc une sorte de *vindicatio pignoris.* Ces mots signifient : revendication de la *chose sur laquelle porte le droit de gage,* et non revendication du *droit de gage,* et on les traduit mal, à notre avis, lorsque, donnant en français la formule du droit de revendication du vendeur d'effets mobiliers, on dit que c'est la revendication du *droit de rétention.* On ne revendique pas un droit; on revendique une chose, mais on la revendique sur le fondement d'un droit. Eh bien! le droit qui sert ici de fondement à la revendication, c'est le droit de rétention, auquel le vendeur

n'a pas renoncé en livrant la chose, ou du moins auquel il n'avait renoncé que sous une condition qui n'a pas été remplie.

1121. On dira peut-être : A quoi bon accorder au vendeur d'effets mobiliers un droit de revendication? Son privilège ne lui suffit-il pas? — Pour peu qu'on y réfléchisse, on comprendra facilement que la loi ait cru devoir concéder au vendeur ce surcroît de garanties. Tout d'abord l'exercice du privilège suppose la saisie du bien qui en est grevé; or c'est là une voie d'exécution rigoureuse et coûteuse, à laquelle le vendeur hésitera souvent à recourir. D'un autre côté, la saisie-exécution, préliminaire obligé de l'exercice du privilège, entraîne souvent des lenteurs : elle doit être précédée d'un commandement fait au moins un jour avant la saisie; or, pour faire un commandement, il faut un titre exécutoire; souvent le vendeur n'en aura pas et il lui faudra du temps pour s'en procurer un. Ces retards peuvent être très préjudiciables pour le vendeur, dont le privilège est d'une extrême fragilité, subordonné qu'il est à la possession de la chose par l'acheteur. Que l'acheteur, après avoir revendu la chose à un tiers de bonne foi, le mette en possession, et le privilège du premier vendeur est perdu ! A ce point de vue, le privilège qui nous occupe avait besoin d'être renforcé, et c'est dans ce but que la loi y a ajouté le droit de revendication, dont l'exercice est soumis à une procédure simple, expéditive, peu coûteuse (v. C. pr. art. 826 et s.) et par cela même beaucoup plus fructueuse pour le vendeur, en même temps qu'elle est moins désastreuse pour l'acheteur. La revendication est une mesure essentiellement conservatoire : elle sauvegarde les droits du vendeur, en mettant son privilège à l'abri des risques que peut lui faire courir la mauvaise foi de l'acheteur; son but unique est, ainsi que le dit l'art. 2102-4°, d'*empêcher la revente,* afin de prévenir les conséquences qu'elle pourrait entraîner.

Ainsi, en résumé, le vendeur d'effets mobiliers, qui use du droit de revendication, cherche seulement à reconquérir son droit de rétention, et, une fois qu'il est arrivé à ce résultat en reprenant la possession de la chose, il se trouve exactement replacé dans la situation où il était avant la livraison. L'acheteur pourra donc, d'une part, exiger la livraison en offrant son prix, et le vendeur, d'autre part, pourra poursuivre le paiement du prix par toutes les voies de droit, soit par la saisie des autres biens de l'acheteur, soit par la saisie de la chose vendue elle-même qu'il peut faire vendre pour exercer son privilège sur le prix. Le vendeur peut aussi demander la résolution de la vente (art. 1654); mais on vient de voir qu'il ne la demande pas nécessairement en exerçant la revendication, et par conséquent c'est sans aucun fondement que quelques auteurs ont voulu ne voir dans la revendication dont il s'agit que l'exercice de l'action en résolution de la vente. C'est confondre toutes les idées. Le vendeur tient peut-être au maintien de la vente, et il a le droit d'en réaliser le profit.

1122. L'explication, que nous venons de fournir en ce qui concerne la nature du droit de revendication accordé au vendeur d'effets mobiliers, est généralement admise. Elle a le mérite de conserver à cette revendication le caractère qu'elle avait autrefois. Dans notre ancien droit, comme on l'a vu au n. 1111, la tradition ne suffisait pas, dans une vente sans terme, pour rendre l'acheteur propriétaire; il fallait de plus que le prix eût été payé ou qu'une satisfaction eût été fournie, *aut eo nomine satisfactum.* Le vendeur restait donc propriétaire jusqu'à ce qu'il eût été payé ou satisfait, et c'est à ce titre qu'on lui reconnaissait le droit de revendiquer, s'il avait livré la chose et que l'acheteur refusât de payer le prix. L'art. 176 de la coutume de Paris, disait à ce sujet : « Qui vend aucune chose mobiliaire sans jour et sans terme, espérant estre payé promptement, il peut sa chose poursuir en quelque lieu qu'elle soit transportée *pour estre payé du prix qu'il l'a vendue* ». D'après Dumoulin, ces derniers mots signifient « pour la recouvrer et en demeurer saisi

jusqu'à ce qu'il soit payé ». Tel est encore aujourd'hui le but de la revendication que le vendeur d'effets mobiliers est autorisé à exercer ; seulement ce n'est plus en qualité de propriétaire qu'il revendique, puisque dans notre droit actuel cette qualité a cessé de lui appartenir dès l'instant où la vente est devenue parfaite ; c'est en qualité de créancier ayant un droit de rétention.

1123. Conditions requises. — Quatre conditions sont exigées pour que le vendeur d'effets mobiliers puisse exercer la revendication dont il vient d'être parlé ; elles reçoivent une explication toute naturelle dans le système qui vient d'être développé.

1° *Il faut que la vente ait été faite sans terme.* En effet, si le vendeur a concédé un terme pour le paiement du prix, le droit de rétention ne lui a jamais appartenu (art. 1612) ; comment pourrait-il donc avoir la prétention d'exercer une revendication qui a le droit de rétention pour fondement? Sur ce point, le privilège diffère du droit de revendication ; il a lieu en effet dans les ventes sans terme comme dans les ventes à terme.

2° *La revendication doit être faite dans la huitaine de la livraison.* Passé ce délai, la loi suppose que le vendeur a renoncé tacitement à son droit de rétention, et par conséquent à la revendication qui n'en est qu'une consécration ; il a suivi la foi de l'acheteur.

3° *Il faut que la chose vendue soit encore en la possession de l'acheteur.*

Il en était autrement sous l'empire de la coutume de Paris, dont l'art. 176, cité plus haut, permettait au vendeur de revendiquer la chose « en quelque lieu qu'elle soit transportée ». Cette disposition n'était pas en harmonie avec une règle, qui avait déjà fait son apparition, mais qui était bien loin encore d'avoir reçu tout son développement, la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279), et par suite notre législateur a bien fait d'innover sur ce point. Le possesseur, qui a juste titre et bonne foi, peut opposer avec succès son droit au véritable propriétaire exerçant l'action en revendication ; à plus forte raison doit-il pouvoir l'opposer à un vendeur, qui a cessé d'être propriétaire et qui revendique en qualité de rétenteur. Voilà pourquoi notre article exige que la chose soit encore en la possession de l'acheteur ; c'est une application pure et simple du principe posé par l'art. 2279.

Il s'ensuit que la revendication du vendeur devra réussir contre tout possesseur qui n'est pas en situation d'invoquer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* c'est-à-dire contre un possesseur de mauvaise foi, et même contre un possesseur de bonne foi, si la chose n'était parvenue entre ses mains qu'à la suite d'une perte subie par l'acheteur ou d'un vol commis à son préjudice.

Nous avons vu que le vendeur d'effets mobiliers ne peut pas opposer son privilège au locateur de bonne foi, dans la maison duquel la chose vendue a été introduite (*supra,* n. 1114) ; pourrait-il exercer son droit de revendication au préjudice de ce même locateur? Nous ne le pensons pas. En effet la revendication d'un propriétaire vient se briser contre le droit de gage du locateur de bonne foi, à plus forte raison celle d'un vendeur, qui n'est pas fondée sur un droit de propriété, mais seulement sur un droit de rétention. En d'autres termes, le propriétaire dont la chose a été introduite dans une maison par le locataire de cette maison, auquel il l'avait confiée à titre de dépôt, de prêt ou de louage, ne peut pas revendiquer cette chose au préjudice du locateur de bonne foi ; *a fortiori* ne peut-on pas autoriser, au préjudice de ce même locateur, l'exercice du droit de revendication appartenant à un vendeur

d'effets mobiliers qui a cessé d'être propriétaire. D'ailleurs la revendication n'est qu'un appendice du privilège, dont elle a pour but d'assurer la conservation ; comment pourrait-elle donc être autorisée là où la loi interdit l'exercice du privilège?

4° *Il faut que la chose soit dans le même état.*

La loi ne donnant aucune explication sur ce point, on doit en conclure que la question de savoir si la chose est ou non dans le même état est une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par les tribunaux. On peut dire d'une manière générale que la chose ne sera plus dans le même état, lorsqu'elle aura subi des transformations qui empêcheront de constater son identité ou qui changeront sa valeur, par exemple si du blé a été converti en farine, du bois en meubles, de la laine en drap. Le simple déballage de la chose ne constituerait pas un changement dans son état, et par suite ne ferait pas obstacle à la revendication.

Le changement survenu dans l'état de la chose n'empêche pas l'exercice du privilège. Il n'est pas bien facile de rendre compte de cette différence entre le privilège et la revendication.

1124. En ce qui concerne la procédure à suivre pour la revendication du vendeur d'effets mobiliers, voyez les art. 826 et s. C. pr. Ces articles sont applicables aussi bien à la saisie-revendication exercée par le vendeur qu'à celle exercée par le bailleur, et il y a en effet entre l'une et l'autre la plus grande analogie, sinon quant à la cause, du moins quant au résultat.

1125. Dispositions particulières. — Aux termes du nouvel art. 550 *in fine* du code de commerce : « Le privilège et le droit de revendication établis par le n. 4 de l'article 2102 du Code civil, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés contre la faillite ».

Enfin l'alinéa dernier du n. 4 de l'art. 2102 dit : « *Il n'est rien innové aux lois et* » *usages du commerce sur la revendication* ». Ceci fait allusion aux art. 574 et s. C. co., où sont développées les règles relatives à la revendication commerciale.

N. 5. Du privilège de l'aubergiste.

1126. L'origine de ce privilège est toute française. L'art. 175 de la coutume de Paris le consacrait dans ces termes : « Despens d'hostelage, livrez par hostes à pélerins, ou à leurs chevaux, sont privilégiez, et viennent à préférer devant tout autre sur les biens et chevaux hostelez, et les peut l'hostelier retenir jusques à païement : et s'aucun autre créancier les voulait enlever, l'hostelier a juste cause de soy opposer ». Ce texte a été reproduit d'une manière incomplète par l'art. 2102-5°, qui déclare privilégiées : « *Les fournitures d'un aubergiste, sur* » *les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge* ».

Le privilège qui nous occupe est fondé sur une constitution tacite de gage. L'aubergiste étant obligé par sa profession de recevoir chez lui des personnes qu'il ne connaît pas, et dont il ne peut apprécier la solvabilité que d'après l'importance de leurs bagages, la loi suppose qu'il intervient entre lui et chaque voyageur une convention tacite, aux termes de laquelle les effets transportés dans l'hôtellerie sont spécialement affectés à titre de gage à la garantie de l'aubergiste pour le paiement des fournitures faites au voyageur pendant son séjour. Ce privilège facilite l'exercice de la profession d'aubergiste, qui autrement

deviendrait fort périlleuse. L'intérêt public, qui exige que cette profession ne soit pas désertée, a pu entrer aussi pour quelque chose dans la concession du privilège.

L'art. 2102 n. 5 n'accorde le privilège qu'à l'*aubergiste,* c'est-à-dire, suivant la définition de Merlin, à celui qui tient une auberge ou hôtellerie et qui fait profession de recevoir, loger et nourrir des voyageurs. Il n'appartiendrait donc pas au cabaretier ou cafetier pour les fournitures faites à des voyageurs, ceux-ci eussent-ils déposé des effets dans le cabaret. Le cabaretier est moins favorable que l'aubergiste, parce qu'il ne rend pas à la société les mêmes services, et il est tout simple que sa créance soit moins bien garantie.

1127. Ce que la loi déclare privilégié, ce sont les *fournitures d'un aubergiste,* c'est-à-dire les différentes créances qu'un aubergiste acquiert contre les voyageurs par suite de l'exercice de sa profession. Ainsi le privilège a lieu pour les frais de logement et de nourriture du voyageur et des animaux amenés dans l'hôtellerie, sans qu'il y ait lieu d'ailleurs de distinguer, comme le voulaient certains auteurs anciens, notamment Dumoulin, si les dépenses faites par le voyageur sont ou non excessives. Tout est relatif en cette matière : telle dépense, qui serait excessive pour un voyageur dont les ressources sont modestes, sera au contraire très modérée pour celui dont la situation de fortune est brillante. Et comment veut-on que l'aubergiste puisse se livrer à cette appréciation, puisqu'il n'a la plupart du temps aucun moyen de se renseigner sur le compte des voyageurs qu'il reçoit. Mais l'aubergiste n'aurait pas privilège pour les créances, qu'il aurait acquises contre un voyageur par suite de faits étrangers à l'exercice de sa profession, comme un prêt d'argent. La loi dit : « les fournitures d'un aubergiste » ; or un prêt d'argent n'est pas une fourniture d'aubergiste.

L'aubergiste n'aurait pas non plus privilège, du moins le privilège spécial qui nous occupe, pour les fournitures, même relatives à l'exercice de sa profession, qu'il aurait faites à des personnes habitant la localité, eussent-elles transporté des effets dans l'hôtellerie. La loi parle de fournitures faites à des *voyageurs,* et tout est de droit étroit en cette matière. D'ailleurs, un des principaux fondements du privilège manque dans notre hypothèse, l'aubergiste pouvant facilement se renseigner sur la solvabilité des personnes de la localité auxquelles il fait des fournitures.

1128. Le privilège de l'aubergiste porte « sur les effets du voyageur » qui ont été transportés dans son auberge », donc sur tous les effets contenus dans les malles du voyageur, et aussi, quoique ce soit un peu plus douteux, sur les animaux et voitures amenés par le voyageur dans l'hôtellerie (v. art. 175 de la coutume de Paris).

Il n'y a pas lieu d'ailleurs de distinguer si les effets transportés par le voyageur dans l'hôtellerie lui appartiennent, ou s'ils appartiennent à des tiers qui les lui auraient confiés à titre de dépôt ou de prêt. Dans tous les cas, l'aubergiste peut faire valoir son privilège sur ces effets (Dijon, 11 juillet 1872, Sir., 73. 2. 104). Il faut excepter cependant : 1° le cas où l'aubergiste est de mauvaise foi, ce qui arrive

quand il savait, lors de l'introduction des effets dans l'hôtellerie, qu'ils n'étaient pas la propriété du voyageur (arg. art. 2102-4°, al. 3): 2° le cas où les objets transportés dans l'hôtellerie auraient été volés à leur propriétaire ou perdus par celui-ci (arg. art. 2279 al. 2).

1129. Comme tout privilège ayant sa source dans un nantissement, celui de l'aubergiste est subordonné à la possession du gage. De là il suit que, si l'aubergiste se dessaisit volontairement des effets du voyageur avant d'avoir été payé, son privilège est perdu et perdu sans retour. Si donc le voyageur revient plus tard dans l'hôtellerie, les effets qu'il y transportera ne seront pas affectés par privilège aux dépenses des précédents voyages qui ne seraient pas encore réglées. Tribunal de commerce de Nantes, 20 septembre 1873, Sir., 74. 2. 256.

Mais supposons que les objets apportés par un voyageur dans l'hôtellerie en aient été détournés sans le consentement de l'aubergiste. Si c'est par un vol, il paraît sans difficulté que l'aubergiste pourra les revendiquer soit contre le voleur, soit même contre un possesseur de bonne foi (arg. art. 2279 al. 2). La même solution est généralement admise pour le cas où les effets ont été détournés clandestinement par le voyageur lui-même ou par quelqu'un agissant en son nom. Mais ici il est difficile de baser la revendication sur l'art. 2279 al. 2; car il n'y a pas vol. Le vol consiste dans la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui (C. pén., art. 379); or c'est sa propre chose, et non celle d'autrui, que le voyageur a détournée ou fait détourner. Nous ne voyons guère la possibilité de justifier cette solution qu'en déclarant applicable par analogie à l'aubergiste la disposition qui organise le droit de revendication au profit du locateur. — On se récrie! Tout en cette matière est de droit étroit, dit-on; les dispositions qui créent des privilèges ou qui les organisent sont de stricte interprétation; on ne peut pas par des motifs d'analogie les étendre d'un cas à un autre. — Mais à ce compte il faudrait refuser aussi le droit de rétention à l'aubergiste; car aucun texte ne le lui confère expressément. On le lui accorde cependant, parce qu'on le considère comme sous-entendu dans la disposition qui établit le privilège. Alors pourquoi pas aussi le droit de revendication? Est-il plus exorbitant que le droit de rétention? Cpr. *supra* n. n. 1053 à 1057.

N° 6. Privilège du voiturier.

1130. Nous savons qu'on désigne sous le nom de *voiturier* celui qui se charge moyennant salaire de transporter une chose par terre ou par eau d'un lieu dans un autre (*supra*, n. 722). L'art. 2102-6° déclare privilégiés : « *Les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la* » *chose voiturée* ». Le privilège dont il s'agit appartient au voiturier soit par terre, soit par eau, *lex non distinguit,* mais non à celui qui loue sa voiture ou son bateau à quelqu'un qui effectue lui-même le transport : celui-là n'est plus un voiturier, et le prix de location qu'il stipule ne rentre pas dans les *frais de voiture.*

Le privilège du voiturier garantit le paiement des frais de voiture et autres accessoires. Les *frais de voiture* consistent dans le prix du transport. Comme exemples de *frais accessoires,* on peut citer les frais faits pour réparations d'avaries indépendantes du fait du voiturier, et les frais de douane ou d'octroi dont il a fait l'avance.

Le privilège porte sur la chose voiturée.

1131. Fondement du privilège attribué au voiturier. — Les auteurs ne

s'accordent pas sur ce point. Les uns disent que le privilège du voiturier a sa raison d'être dans la plus-value que le transport donne à la chose voiturée : c'est précisément pour lui faire acquérir cette plus-value qu'on la fait transporter d'un lieu dans un autre. Le voiturier améliore donc la chose voiturée en la transportant, puisqu'elle vaut plus cher au lieu de l'arrivée qu'au lieu de l'expédition. De là son privilège. — D'autres pensent, et nous partageons cet avis, que le privilège du voiturier a pour fondement une constitution tacite de gage. Le transport ne procure pas toujours une plus-value à la chose voiturée; le contraire peut arriver et arrive quelquefois. D'ailleurs, rationnellement, un privilège, qui a sa cause dans une amélioration, ne doit porter que sur la plus-value acquise par la chose améliorée; la loi le décide ainsi pour le privilège des architectes, basé certainement, celui-là, sur une idée d'amélioration. Elle eût sans doute assigné la même limite au privilège du voiturier, si dans sa pensée il eût eu le même fondement; or nous voyons qu'au contraire il porte sur la valeur totale de la chose voiturée; c'est une anomalie difficile à expliquer, si on part de l'idée d'amélioration, tandis que la chose va de soi, si l'on assigne pour fondement au privilège un nantissement tacite.

L'intérêt pratique de ce débat est considérable. — Admet-on que le privilège du voiturier a pour base l'amélioration résultant du transport? on devra reconnaître qu'il n'est pas subordonné à la possession de la chose voiturée; car la loi n'exige pas expressément cette condition, et le motif qui sert de base au privilège ne permet pas de l'y considérer comme sous-entendue. — Au contraire, si l'on rattache le privilège qui nous occupe à une idée de nantissement tacite, il faudra dire que le voiturier perd son privilège en se dessaisissant de la chose voiturée. Telle est notre conclusion. On peut la fortifier en faisant observer que, si le législateur avait entendu que le privilège dût survivre à la dépossession, il n'aurait pas manqué vraisemblablement de fixer un délai pour son exercice, comme l'a fait la loi belge du 16 décembre 1851, art. 20, qui accorde au voiturier un délai de 24 heures à partir de la remise au destinataire pour exercer son privilège, comme l'a fait notre code de commerce lui-même dans un cas particulier où il autorise l'exercice du privilège après la remise au destinataire (art. 307 et 308). En l'absence de toute disposition de ce genre, ceux qui admettent que le privilège survit à la perte de la possession sont obligés de reconnaître qu'il peut être exercé pendant trente ans : ce qui semble inadmissible. — La doctrine et la jurisprudence paraissent incliner en ce sens.

1132. Le voiturier ne peut exercer son privilège sur la chose voiturée, qui est encore en sa possession, que pour les frais de voiture et autres accessoires relatifs à cette chose même, et non pour les frais de voiture encore dus à raison d'autres marchandises transportées antérieurement par lui pour le même destinataire.

N° 7. Privilège à raison des créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions.

1133. L'art. 2102-7° déclare privilégiées : « *Les créances résultant* » *d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans* » *l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement, et* » *sur les intérêts qui en peuvent être dus* ».

La loi oblige dans des cas assez nombreux les particuliers à avoir recours au ministère de certains fonctionnaires publics, tels que les conservateurs des hypothèques, et de certains officiers publics ou plutôt ministériels qu'elle investit exclusivement d'une partie de la juridiction volontaire, comme les notaires, les avoués, les huissiers,

les greffiers, les commissaires-priseurs, les agents de change... C'était bien le moins qu'elle leur accordât des garanties contre le préjudice que ces fonctionnaires ou officiers ministériels pourraient leur causer par suite d'un exercice abusif ou déloyal du pouvoir dont ils sont investis. A cet effet, la loi les oblige à fournir un cautionnement en argent, qui doit être versé à la caisse des dépôts et consignations et dont la caisse sert l'intérêt au taux fixé par la loi. Ce cautionnement et les intérêts qui en peuvent être dus sont affectés par privilège aux créances résultant des abus et prévarications, que ces fonctionnaires ou officiers ministériels pourraient commettre dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi je m'adresse à un huissier, que je charge de faire en mon nom le protêt d'un effet de commerce; le débiteur paie entre les mains de l'huissier, et celui-ci détourne les fonds. Pour m'en faire rembourser, j'aurai privilège sur le cautionnement de l'huissier.

Il résulte du texte et de l'esprit qui l'a dicté, que le privilège existe seulement pour les créances résultant de faits qui rentrent dans l'exercice légal et obligé de la charge ou fonction dont le fonctionnaire est investi, ou en d'autres termes pour les créances résultant de *faits de charge* proprement dits, mais non pour celles ayant une autre cause, car alors le particulier est la victime de la confiance qu'il a volontairement accordée au fonctionnaire ou à l'officier ministériel, puisque son ministère n'était pas obligatoire. Il a été jugé, par application de ce principe, que notre privilège n'a pas lieu pour les créances résultant d'un détournement de fonds commis par un notaire, auquel ils avaient été confiés avec mandat d'en opérer le placement.

Le cautionnement des fonctionnaires publics est grevé d'un privilège de second ordre, c'est-à-dire d'un privilège qui ne passe qu'après celui dont nous venons de parler, au profit du tiers qui en aurait fourni les fonds en tout ou en partie. C'est ce qui résulte de plusieurs lois spéciales, et notamment de la loi du 25 nivôse an XIII.

1133 *bis*. **Observation.** — L'art. 2102 ne donne pas la liste complète des privilèges sur certains meubles. Il en existe quelques autres, établis, soit par la loi commerciale (C. co., art. 191 et 192), soit par quelques lois spéciales qui appartiennent plutôt au droit administratif qu'au droit civil.

* § III. *Classement des privilèges sur les meubles.*

* **1134.** Nous ne nous occuperons que du classement des privilèges sur les meubles, établis par le code civil, et non du rang de ceux établis par des lois spéciales.

Les dispositions de notre loi sur ce point sont tout à fait insuffisantes. Le code civil se borne à fixer le rang respectif des privilèges généraux sur les meubles, qui s'exercent dans l'ordre même indiqué par l'art. 2101. Puis, dans l'art. 2102-1° al. 4, réglant le concours entre le locateur et les créanciers privilégiés auxquels des sommes sont dues pour semences, pour les frais de la récolte de l'année ou pour ustensiles aratoires, il déclare que le locateur passera en seconde ligne (*supra* n. 1104).

Enfin l'art. 2102-4° al. 3, prévoyant le cas de concours du privilège du locateur avec celui du vendeur d'effets mobiliers, donne la préférence au premier s'il est de bonne foi (*supra* n. 1114). D'autre part, l'art. 662 du C. pr. règle le concours entre les créanciers pour frais de justice et le locateur en donnant la préférence à ce dernier. Voilà tout.

La collision des différents privilèges sur les meubles soulève un très grand nombre de questions. Elles doivent, en l'absence de textes qui les décident, être résolues par application du principe *Privilegia ex causa æstimantur,* et d'après l'analogie que fournissent les dispositions spéciales qui déterminent le degré de faveur attribué par la loi aux privilèges dont elle fixe expressément le rang (art. 2096). Cette règle s'applique non seulement au cas de collision entre des privilèges spéciaux, mais encore à celui où des privilèges généraux se trouvent en concours avec des privilèges spéciaux. Ainsi s'expriment MM. Aubry et Rau, t. III, p. 478. Nous allons reproduire littéralement les applications que ces auteurs font de leur principe.

La faveur plus ou moins grande qui s'attache à tel ou tel privilège, doit être appréciée d'après la cause sur laquelle il est fondé. Tous les privilèges sur les meubles établis par le code civil peuvent se rattacher à l'une des cinq causes suivantes : — 1° Constatation et conservation de la masse commune, réalisation de cette masse et distribution du prix en provenant ; — 2° Propriété censée retenue jusqu'à certain point, tant que celui qui a aliéné une chose à titre onéreux n'en a pas encore touché le prix ; — 3° Conservation d'une chose particulière ; — 4° Détention de bonne foi résultant d'un nantissement exprès ou tacite ; — 5° Motif d'humanité ou d'ordre public.

La première de ces causes doit assurer au créancier en faveur duquel elle milite, la préférence sur tous les autres. Celui qui avance des frais dans l'intérêt d'une masse à distribuer, gérant utilement l'affaire de tous les créanciers de cette masse, doit être payé par chacun d'eux dans la proportion de ce qu'ils toucheront par suite de la distribution, et ce remboursement s'effectue de la manière la plus simple, par voie de prélèvement sur l'ensemble des sommes à distribuer.

Toutefois, ce motif de préférence n'existe, dans toute son étendue, que pour les frais de justice avancés dans l'intérêt commun de tous les créanciers. Si, parmi les créanciers, il s'en trouve dont les privilèges soient susceptibles d'être réalisés indépendamment de l'une ou de plusieurs des opérations faites dans l'intérêt des autres créanciers, les frais de ces opérations ne doivent pas être prélevés sur le prix des objets affectés à leur privilège. Cette exception, que les art. 662 C. pr. et 461 C. co. consacrent spécialement au profit du locateur, s'applique à tous les privilèges fondés sur un nantissement exprès ou tacite.

La faveur de la propriété semblerait devoir faire assigner le second rang au vendeur d'objets mobiliers, resté créancier du prix de vente. — Mais l'art. 2102-4° al. 3, en disposant expressément que le privilège du vendeur ne s'exerce qu'après celui du locateur, à moins que ce dernier n'ait su que le prix des objets apportés dans la ferme ou dans la maison louée était encore dû, donne clairement à entendre qu'en fait de meubles, la faveur due à la propriété doit fléchir, non seulement devant la possession *animo domini,* mais même devant une simple détention de bonne foi, fondée sur un nantissement exprès ou tacite. Il en résulte que la disposition précitée doit être étendue aux privilèges du gagiste, du voiturier, de l'aubergiste, et du créancier pour faits de charge.

D'un autre côté, l'art. 2105 fait marcher tous les privilèges généraux énumérés en l'art. 2101, avant le privilège du vendeur d'un immeuble ; et cette disposition s'applique, par identité de raison, au privilège du vendeur d'objets mobiliers.

Enfin le vendeur est également primé par celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose vendue, puisque ces frais ont tourné à son profit.

D'après des raisons identiques ou analogues à celles qui ont été indiquées plus haut, le conservateur d'une chose particulière qui prime le vendeur est, comme ce dernier et sous les mêmes conditions primé par le locateur, le gagiste, l'aubergiste et le voiturier, ainsi que par les créanciers ayant un privilège général. Toutefois si, depuis l'établissement du nantissement, la chose qui en fait l'objet avait reçu des réparations dont les frais fussent encore dus, ces frais primeraient le privilège du locateur ou de tout autre créancier nanti.

Le rang des privilèges spéciaux fondés sur un nantissement exprès ou tacite, en concours avec d'autres privilèges spéciaux est suffisamment déterminé par les observations qui précèdent.

Il en est de même du rang des privilèges généraux, établis par les quatre derniers numéros de l'art. 2101, en tant qu'ils se trouvent en collision avec des privilèges spéciaux, autres que ceux qui résultent d'un nantissement exprès ou tacite.

Quant à la question de savoir si les motifs d'humanité et d'ordre public qui ont fait admettre des privilèges généraux, sont de nature à prévaloir sur la faveur attachée, en fait de meubles, à la détention de bonne foi, elle doit être résolue négativement. Le droit accordé au locateur de faire statuer par voie de référé sur son privilège, et la préférence qui lui est attribuée même sur les frais de distribution par les art. 661 et 662 C. pr. démontrent qu'il a été dans l'intention du législateur de lui donner le pas sur tous les autres privilèges généraux, qui sont eux-mêmes primés par les frais de justice; et l'on doit, par analogie, accorder la même préférence à tous les créanciers nantis. Néanmoins, comme les frais funéraires profitent au locateur ou à l'aubergiste, lorsque le débiteur est mort chez eux, ces derniers se trouvent dans ce cas primés par ceux auxquels ces frais sont dus.

D'après les principes qui viennent d'être développés, les créanciers auxquels compètent des privilèges spéciaux sur des meubles, doivent, lorsqu'ils sont en concours entre eux, être classés dans l'ordre suivant : — 1° Le créancier dont le privilège est fondé sur un nantissement exprès ou tacite; — 2° Le conservateur de la chose; — 3° Le vendeur.

Toutefois, le créancier nanti sera primé par le conservateur de la chose et par le vendeur, s'il est prouvé qu'il avait, lors de l'établissement du nantissement, connaissance de la cause de préférence qui militait en faveur de ces derniers. D'un autre côté, le créancier nanti sera également primé par le conservateur de la chose, si les frais de conservation n'ont été faits que postérieurement à l'établissement du nantissement.

Lorsque le concours s'établit entre des privilèges généraux et des privilèges spéciaux, leur rang respectif doit être fixé ainsi qu'il suit :

1° Le privilège des frais de justice. Il prime d'une manière absolue, ceux du vendeur et du créancier pour frais de conservation. Il prime pareillement les privilèges fondés sur le nantissement, mais avec cette restriction que le créancier nanti, n'étant pas tenu de supporter la partie des frais de justice dont il n'a pas profité, est préféré quant à ces frais à ceux auxquels ils sont dus.

2° Les différents privilèges fondés sur le nantissement, sous la réserve de la double modification indiquée ci-dessus.

3° Les privilèges généraux autres que celui des frais de justice.

4° Le privilège pour conservation d'une chose particulière.

5° Le privilège pour prix de vente.

Le conservateur et le vendeur, qui primeraient par exception un créancier nanti, ne pourraient s'autoriser de cette circonstance pour réclamer la priorité sur ceux des privilèges généraux qui seraient eux-mêmes primés par le privilège du créancier nanti. Ils ne doivent, même dans ce cas, être colloqués qu'après les privilèges généraux, sauf à prélever le montant de leurs créances sur la collocation qu'obtiendra le créancier nanti, lequel à son tour profitera de celle qui leur sera attribuée.

Les diverses créances, qui, jouissant d'un privilège établi par la même disposition, se trouvent au même rang, viennent en concurrence, sans qu'il y ait lieu d'établir entre eux un nouvel ordre de préférence (art. 2097 ; art. 2101-3° et arg. de cet article).

C'est ainsi que les différents créanciers soit pour frais de justice, soit pour frais funéraires, viennent à rang égal. Il en est de même des créanciers pour frais de semences en concours avec des créanciers pour frais de récolte. Cpr. art. 2101-1° al. 4.

SECTION II

DES PRIVILÈGES SUR LES IMMEUBLES

1135. Malgré la généralité de cette rubrique, la loi ne s'occupe ici que des privilèges *spéciaux* sur les immeubles. L'art. 2103, qui les énumère, semble dire qu'il en existe cinq; mais on peut les réduire à trois, savoir : le privilège du vendeur (n. 1), le privilège des copartageants (n. 3) et le privilège des architectes et ouvriers (n. 4). Les numéros 2 et 5 (qui semblent d'ailleurs à peu près inutiles, parce qu'il ne font que consacrer une application du droit commun, et que la loi belge du 16 décembre 1851 a effectivement supprimés comme tels), n'organisent pas deux privilèges distincts, mais se bornent à autoriser la subrogation dans le privilège du vendeur et dans celui de l'architecte, au profit de la personne qui a fourni les fonds pour désintéresser l'un ou l'autre de ces créanciers privilégiés.

N° 1. Privilège du vendeur d'un immeuble.

1136. On a vu plus haut (n. 1109) que le vendeur d'un meuble a quatre garanties pour assurer le paiement de son prix, savoir : 1° un droit de rétention; 2° un droit de résolution ; 3° un privilège; 4° un droit de revendication. Le vendeur d'un immeuble n'a que les trois premières garanties; la loi lui refuse par son silence la dernière, le droit de revendication. A ceux qui seraient tentés de faire de ce chef le procès au législateur, en l'accusant d'avoir accordé au vendeur d'immeubles moins de garanties qu'au vendeur de meubles, bien que la créance du premier soit au moins aussi favorable que celle du second, il suffit de répondre que, pour apprécier le degré de sollicitude témoigné à un créancier, il ne faut pas compter les garanties qui lui sont accordées, mais les peser. Or, si l'on procède de cette façon, on trouve que le plateau de la balance penche plutôt du côté du vendeur d'immeubles. En effet le privilège du vendeur de meubles est, comme nous l'avons déjà remarqué au n. 1123, d'une extrême fragilité, subordonné qu'il est à la possession de l'acheteur. C'est pourquoi le législateur a cru devoir le renforcer en y ajoutant, à titre de complément et d'appendice, le droit de revendication. Le privilège du vendeur d'immeubles est bien autrement résistant; il est en effet armé du droit de suite, qui permet au vendeur de suivre son gage en quelques mains qu'il passe, fût-ce dans celles d'un possesseur de bonne foi, pour se

payer sur le prix (art. 2166). Dans ces conditions, quel appoint le droit de revendication aurait-il ajouté au privilège, et quelle utilité y avait-il par suite de l'accorder au vendeur d'immeubles ? — En somme, il serait facile de démontrer que, tout compte fait, le simple privilège du vendeur d'immeubles est encore plus solide que celui du vendeur de meubles, étayé du droit de revendication.

1137. Le texte qui consacre le privilège du vendeur d'un immeuble est l'art. 2103, *in principio,* ainsi conçu : « *Les créanciers privilégiés* » *sur les immeubles sont,* — 1° *Le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour* » *le paiement du prix* ».

Ce privilège a le même fondement que le privilège du vendeur de meubles : le vendeur ayant mis l'immeuble vendu dans le patrimoine de l'acheteur, les autres créanciers de celui-ci doivent, avant de se faire payer sur le prix de cet immeuble, exécuter l'obligation qu'a contractée leur débiteur pour l'acquérir, c'est-à-dire en payer le prix ; autrement ils s'enrichiraient injustement au détriment du vendeur.

1. *A qui appartient ce privilège.*

1138. Tout vendeur d'un immeuble jouit en principe du privilège, même le vendeur d'un immeuble incorporel, tel qu'une action de la Banque de France immobilisée.

* Il y a exception toutefois pour la vente d'une servitude ou d'un droit d'usage ou d'habitation. Le vendeur n'aurait en pareil cas, outre l'action personnelle pour le paiement du prix, que l'action en résolution, mais non le privilège. La raison en est que le privilège, comme l'hypothèque, doit se réaliser par la vente aux enchères ; il ne peut donc pas porter sur des choses qui ne sont pas susceptibles d'être saisies et vendues aux enchères ; or tel est précisément le cas des droits de servitude (arg. art. 2204) et des droits d'usage et d'habitation (arg. art. 631 et 634).

La vente partielle d'un immeuble donne lieu au privilège aussi bien que la vente totale ; mais le privilège ne portera que sur la portion vendue.

La forme de la vente est d'ailleurs indifférente. Le privilège résultera donc d'une vente passée par acte sous seings privés, aussi bien que d'une vente faite dans la forme authentique.

1139. Nous avons vu plus haut (n. 478) que la *datio in solutum* présente la plus grande analogie avec la vente, quand la dette qu'elle a pour but d'éteindre est une dette de somme d'argent ; l'art. 1595 paraît même dire que c'est une véritable vente. Il s'ensuit que la dation en paiement d'un immeuble peut donner naissance au privilège du vendeur pour la somme que le cédant stipule à titre de retour. Ainsi je vous dois 10,000 fr. ; je vous offre en paiement, ce que vous acceptez, un immeuble qui vaut 15,000 fr., en stipulant que vous me paierez une somme de 5,000 fr., représentant l'excédent de la valeur de mon immeuble sur le montant de ma dette. Pour le paiement de ces 5,000 fr., j'aurai privilège sur l'immeuble. En effet l'opération peut se décomposer de la manière suivante : étant votre débiteur de 10,000 fr., je vous vends mon immeuble pour 15,000 fr., en convenant avec vous que votre dette

du prix se compensera jusqu'à due concurrence avec ma propre dette; je reste donc créancier *à titre de vendeur* d'une somme de 5,000 fr., pour laquelle j'ai privilège.

1140. De même, dans l'échange d'immeubles, celui des coéchangistes qui stipule une soulte a privilège pour son paiement sur l'immeuble dont il transmet la propriété. La soulte d'échange représente en effet l'excédent de valeur de l'un des immeubles sur l'autre : elle n'est autre chose que le prix moyennant lequel cet excédent a été vendu. La loi fiscale l'entend bien ainsi, car elle soumet la soulte d'échange au même droit qu'un prix de vente (v. notamment l. 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, n. 3). Ainsi je vous échange ma ferme de Normandie, qui vaut 100,000 fr., contre votre ferme du Dauphiné, qui en vaut 90,000, en stipulant une soulte de 10,000 fr. L'opération se décompose de la manière suivante : Je vous transmets ma ferme pour les neuf dixièmes en échange de la vôtre; et, le dixième restant, je vous le vends pour 10,000 fr. Donc j'aurai privilège pour le paiement de la soulte, puisqu'elle est un prix de vente. Mais comme la soulte est le prix de la vente d'une partie seulement de l'immeuble, on pourrait bien soutenir que le privilège, qui en garantit le paiement, porte, non pas sur l'immeuble tout entier, ainsi que le décident tous les auteurs, mais seulement sur la partie de cet immeuble dont la soulte est le prix, c'est-à-dire sur la partie qui ne trouve pas sa contre-valeur dans l'autre immeuble. On pourrait la déterminer par une sorte de ventilation; dans l'exemple que nous venons de citer, elle est d'un dixième.

Nous avons choisi à dessein une hypothèse, dans laquelle la soulte se trouve être minime par rapport à la valeur des immeubles qui figurent dans le contrat d'échange, parce que cette circonstance nous paraît devoir n'être d'aucune considération pour la solution de la question proposée. C'est l'avis de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Mourlon, qui estime que, lorsque la soulte est minime, il y a échange pour le tout, et non plus mélange de vente et d'échange, et que par suite le privilège n'a pas lieu pour le paiement de la soulte. — Mais de deux choses l'une : ou la soulte est un prix de vente, comme nous avons essayé de le démontrer, et alors qu'importe qu'elle soit considérable ou minime? ou bien elle n'est pas un prix de vente, et alors le privilège ne doit avoir lieu dans aucun cas.

* Soit un échange de deux immeubles; l'un des coéchangistes est évincé. Jouira-t-il du privilège du vendeur sur l'immeuble dont il a transmis la propriété, pour le paiement des sommes que l'autre coéchangiste sera condamné à lui payer à titre de réparation du préjudice causé par l'éviction? Non assurément; car ce n'est pas là une créance de vendeur.

* **1141.** Plus délicate est la question de savoir si le donateur d'un immeuble aurait droit au privilège du vendeur pour assurer l'exécution des charges pécuniaires que le contrat impose au donataire. Bien entendu, nous supposons résolue dans le sens de l'affirmative la question de savoir si le donateur peut exiger par les voies le droit l'exécution des charges de la donation (t. II, n. 506); car, si l'on admet avec quelques auteurs que le donataire a le droit de se soustraire à cette exécution en renonçant au bénéfice de la donation, que par conséquent le donateur n'a pas d'action contre lui pour l'y contraindre, il est bien évident que la question du privilège ne saurait se poser : comment en effet pourrait-on songer à accorder une action privilégiée à celui qui n'a pas d'action?

La question proposée nous semble devoir être résolue en faveur du donateur; nous lui accorderions par conséquent le privilège de l'art. 2103-1°. Le contrat peut en effet se décomposer en deux opérations : vente d'une part, donation de l'autre. Il y a vente pour la partie de l'immeuble qui trouve sa contre-valeur dans la charge pécuniaire imposée au donataire, donation pour le surplus; c'est un *negotium mixtum cum donatione*. Cette solution a été expressément consacrée par la loi belge du

16 décembre 1851 (art. 27, n. 8). — On objecte qu'elle dénature le contrat, et méconnaît dans la plupart des cas la véritable intention du disposant, qui agit sous l'impulsion d'un mobile purement désintéressé. Nous nous bornons à répondre que, lorsque le donateur a l'intention qu'on lui prête, il ne stipule pas une compensation pécuniaire, et nous dirons volontiers : *Qua parte se cogitat, negotium gerit.* La question offre d'ailleurs assez peu d'intérêt pratique, et nous n'y insisterons pas davantage; car le donateur peut demander, en cas d'inexécution des charges, la résolution de la donation (art. 954) et recouvrer par ce moyen la propriété de l'immeuble donné, qui a, on le suppose, une valeur supérieure à celle de la charge. S'il n'avait qu'une valeur égale, ou à plus forte raison inférieure, le contrat n'aurait de la donation que le nom; ce serait une véritable vente déguisée sous le nom mensonger de donation et qui donnerait lieu certainement au privilège du vendeur.

1142. On demande si l'acheteur à réméré d'un immeuble, auquel le vendeur a manifesté son intention d'user du pacte de rachat et qui s'est dessaisi de l'immeuble avant d'avoir obtenu le remboursement du prix de vente, aurait droit au privilège du vendeur pour assurer ce remboursement. C'est demander si l'acheteur à réméré, contre lequel le rachat est exercé, devient vendeur à son tour ; car il ne peut avoir le privilège qu'à cette condition. Or nous savons à cet égard à quoi nous en tenir (*supra,* n. 582). L'exercice du droit de rachat ne donne pas naissance à une nouvelle vente; il résout l'ancienne : il y a *distractus,* et non *contractus novus.* Comment donc le privilège du vendeur pourrait-il prendre naissance? L'acheteur a seulement le droit de rétention (art. 1673).

2. *Créances garanties par le privilège.*

1143. Le privilège du vendeur d'immeubles garantit, dit la loi, *le paiement du prix.* Peu importe d'ailleurs que ce prix consiste en un capital ou en une rente soit perpétuelle, soit viagère.

Quelquefois les parties, pour frauder le fisc, qui perçoit un droit *proportionnel* sur le prix de la vente, ne font figurer dans l'acte qu'une partie du prix convenu, l'acheteur s'engageant à payer le surplus par une contre-lettre. Le vendeur en pareil cas n'a privilège que pour le prix stipulé dans l'acte ostensible (arg. art. 1321). Cette solution est confirmée par l'art. 2108, aux termes duquel le privilège du vendeur d'immeubles est conservé par la transcription de l'acte de vente, et seulement pour la partie du prix que cet acte déclare être encore due. Le vendeur doit donc y regarder à deux fois, avant de prêter son concours à une fraude qui compromet son privilège et qui peut l'exposer en outre à l'amende prononcée par l'art. 12 de la loi du 23 août 1871.

Il est sans difficulté que le privilège du vendeur d'immeubles s'applique aux accessoires du prix; il garantit donc le paiement des menues prestations connues sous le nom de *pots-de-vin* et *épingles,* et aussi les intérêts du prix, soit conventionnels, soit légaux. Seulement c'est une grave question, qui sera examinée sous l'art. 2151, que celle de savoir si la limitation établie par cet article doit être admise en ce qui concerne le nombre des années d'intérêts garanties par le privilège (deux années et l'année courante).

Les frais et loyaux coûts du contrat de vente sont à la charge de l'acheteur, sauf stipulation contraire (art. 1593). Mais le vendeur sera quelquefois obligé d'en faire l'avance, sauf son recours contre l'acheteur. En effet, d'abord il se peut qu'une clause du contrat lui impose cette obligation. D'un autre côté, si le vendeur veut faire opérer la transcription (formalité nécessaire, comme on le verra plus tard, pour la conservation de son privilège), il devra faire l'avance des frais qu'elle occasionne. Enfin on se souvient (*supra* n. 447) que le notaire, qui a dressé l'acte de vente, a action contre les deux parties pour le paiement de ses honoraires et le remboursement de ses avances, notamment des frais d'enregistrement; s'il s'adresse au vendeur, celui-ci sera forcé de payer, sauf son recours contre l'acheteur. On s'est demandé si le vendeur a, dans ces divers cas, privilège pour le remboursement des frais et loyaux coûts dont il a été ainsi obligé de faire l'avance. La cour de cassation a résolu avec raison la question dans le sens de l'affirmative par deux arrêts en date l'un du 1er avril, l'autre du 1er décembre 1863. En effet, pour l'acheteur, les frais et loyaux coûts de la vente sont certainement des accessoires du prix, et ils ont aussi ce caractère pour le vendeur, en tant qu'il se trouve obligé d'en faire l'avance. Le vendeur, auquel ils sont dus en sus du prix par l'acheteur pour le compte duquel il les a payés, doit donc avoir privilège pour cet accessoire comme pour le principal; autrement, réduit à une créance chirographaire pour le remboursement des frais et loyaux coûts dont il a fait l'avance, le vendeur se trouverait en définitive n'avoir privilège que pour une partie de son prix.

1144. « *S'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en* » *tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième* » *au troisième, et ainsi de suite* » (art. 2103-1° al. 2). Au cas de plusieurs ventes successives, on suit donc, pour déterminer l'ordre de préférence entre les divers vendeurs, la règle *Prior tempore, potior jure*. Ainsi *Primus* a vendu un immeuble à *Secundus* pour 10,000 fr.; celui-ci l'a revendu à *Tertius* pour 12,000 fr., et ce dernier à *Quartus* pour 15,000 fr. Aucun des vendeurs n'étant payé, *Primus* saisit l'immeuble sur *Quartus*, et le fait vendre. — Si la vente produit une somme de 15,000 fr., frais déduits, tout le monde sera payé : *Primus* recevra 10,000 fr., *Secundus* 2,000 fr., qui constituent son bénéfice, et *Tertius* 3,000 fr., qui représentent également son bénéfice. — Si la vente de l'immeuble ne produit que 12,000 fr. net, *Primus* prendra 10,000 fr., et *Secundus* 2,000; *Tertius* restera créancier chirographaire de *Quartus* pour 3,000 fr. — Enfin, si le produit net de la vente de l'immeuble ne s'élève qu'à 10,000 fr., *Primus* les prendra en totalité; *Secundus* restera créancier chirographaire de *Tertius* pour 2,000 fr., et *Tertius* de *Quartus* pour 3,000 fr.

1145. Indépendamment de son privilège, le vendeur d'immeubles a un droit de résolution (art. 1654). Avant la loi du 23 mars 1855, le droit de résolution était complètement indépendant du privilège, de telle sorte qu'il pouvait lui survivre. Cette anomalie a cessé d'exister, l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 ayant lié l'un à l'autre dans une large mesure le privilège et l'action résolutoire. Cpr. *supra*, n. 578.

N° 2. Privilège des cohéritiers ou autres copartageants.

1146. L'égalité est l'âme des partages, disaient nos anciens. Pour l'*assurer*, la loi a établi l'action en rescision pour cause de lésion (art. 887); pour la *maintenir*, l'action en garantie et le privilège des copartageants. Il ne suffit pas en effet que chaque cohéritier obtienne par le partage une part égale à celle des autres; il faut qu'il puisse la conserver. Le législateur n'aurait accompli que la moitié de sa tâche, si, après avoir assuré l'équilibre entre les copartageants lors du partage, il n'avait pas assuré dans la mesure du possible le maintien de cet équilibre.

Comment le privilège des copartageants peut-il contribuer à maintenir l'égalité entre les divers ayant droit? Souvent le partage rend l'un des copartageants créancier de l'autre ou des autres. Ainsi, un immeuble étant indivis entre deux copropriétaires et cet immeuble étant impartageable en nature, les ayant droit le licitent, et l'un d'eux s'en rend adjudicataire sous l'obligation de payer à l'autre la moitié du prix de licitation. Le lot de l'un des copartageants consiste donc dans une créance contre l'autre; et, en supposant que l'immeuble ait été adjugé pour le prix qu'il vaut, chaque copartageant obtient par le partage un lot d'égale valeur. Voilà l'égalité *établie*. Mais il faut la *maintenir*, et elle ne serait pas maintenue si l'insolvabilité de l'adjudicataire pouvait mettre son consort dans l'impossibilité d'obtenir le paiement de la créance qui constitue son lot; aussi la loi garantit-elle cette créance par un privilège portant sur l'immeuble licité.

Tel est le but du privilège des copartageants. Quant à sa base, elle est la même au fond que celle du privilège attribué au vendeur. De même que le vendeur ne consent à rendre l'acheteur propriétaire que sous la réserve d'un privilège destiné à assurer le paiement de son prix, de même chaque copartageant ne consent à reconnaître aux autres un droit de propriété exclusif sur les immeubles à eux attribués par le partage, que déduction faite d'un privilège destiné à lui assurer la conservation de son lot. Il pourrait même paraître superflu d'accorder par une disposition spéciale un privilège aux copartageants, dans une législation, qui, consacrant d'une part le privilège du vendeur, assignerait d'autre part au partage le caractère d'un acte translatif de propriété, et l'assimilerait ainsi à une vente ou à un échange.

Le privilège des copartageants existait dans notre ancien droit. Supprimé par la loi du 11 brumaire de l'an VII, qui avait gardé à l'égard de ce privilège un silence calculé, il a été rétabli par l'art. 2103 qui déclare privilégiés : « 3° *Les cohéritiers, sur les immeubles de la succes-* » *sion, pour la garantie des partages faits entre eux, et des soulte ou* » *retour de lots* ».

Nous aurons à rechercher : 1° quels sont les partages qui peuvent donner naissance au privilège; 2° à quelles créances ce privilège est attaché et sur quels biens il porte.

I. *Quels sont les partages qui peuvent donner naissance au privilège.*

1147. Tout partage d'immeubles indivis, ou d'une masse indivise comprenant un ou plusieurs immeubles, peut donner lieu au privilège qui nous occupe. Mais ce privilège ne saurait prendre naissance par suite du partage d'un meuble ou d'une masse indivise ne comprenant que des meubles; car d'une part le privilège ne peut porter que sur des biens faisant partie de la masse à partager, et d'autre part c'est un privilège sur des immeubles.

Peu importe d'ailleurs la cause de l'indivision qui donne lieu au partage. Le privilège est donc attaché, non seulement au partage de succession, mais aussi au partage de société et à celui de communauté. Le doute, que pourrait faire naître sur ce point l'art. 2103-3°, dans lequel les mots, *cohéritier, succession,* sembleraient indiquer que le législateur ne songe qu'au partage des successions, est levé par l'art. 2109, qui, développant la pensée exprimée d'une manière incomplète dans l'art. 2103, dit : « Les cohéritiers ou *copartageants*... ». Le mot *copartageant* a un sens très étendu, et désigne tous ceux qui prennent part au partage à un titre quelconque.

La loi ne distinguant pas, on doit en conclure que le privilège est indépendant de la forme du partage ; il résulterait donc, non seulement d'un partage judiciaire, mais aussi d'un partage fait à l'amiable, et il importerait peu dans ce dernier cas que le partage fût constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé.

D'un autre côté, toute opération qui équivaut à partage, alors même que les parties ne lui auraient pas donné ce nom, engendrerait le privilège. Telle est la cession de droits successifs, quand elle fait cesser l'indivision d'une manière complète (arg. art. 888).

Enfin nous ne voyons guère de bonnes raisons pour ne pas attacher la garantie du privilège aux partages d'ascendants, faits par actes entre vifs ou testamentaires.

II. *Des créances auxquelles le privilège est attaché, et des biens sur lesquels il porte.*

1148. Le privilège a lieu : 1° pour la créance de garantie ; 2° pour les soultes ou retours de lots ; 3° pour le prix de la licitation. La première créance est indiquée par l'art. 2103-3°, la seconde par ce même texte et par l'art. 2109, la troisième par l'art. 2109 seulement.

1. *Créances résultant de la garantie que se doivent les copartageants.*

1149. On sait que le cohéritier (ou copartageant), évincé, en vertu d'une cause antérieure au partage, d'un des effets compris dans son lot,

peut exiger de chacun de ses cohéritiers, dans la mesure de sa part héréditaire, la réparation du préjudice que l'éviction lui cause (art. 885). La loi lui accorde à cet effet une action, dite *en garantie,* qu'elle fortifie en y attachant le privilège du copartageant. Le privilège porte sur les immeubles attribués par le partage à chacun des consorts de l'évincé ; mais il ne peut être exercé sur les immeubles de chaque lot que dans la mesure de l'action personnelle qui appartient à l'évincé contre le propriétaire de ce lot ; car le privilège est un accessoire de l'action personnelle, et ne saurait avoir plus d'étendue qu'elle. Ainsi trois héritiers, *Primus, Secundus* et *Tertius,* sont appelés à partager une succession, dans laquelle se trouvent trois immeubles, A, B et C, valant 12,000 fr. chacun ; le partage attribue l'immeuble A à *Primus,* l'immeuble B à *Secundus,* l'immeuble C à *Tertius; Primus* est évincé, en vertu d'une cause antérieure au partage, de l'immeuble A mis dans son lot ; il perd ainsi 12,000 fr., dont il peut demander par l'action personnelle en garantie un tiers à chacun de ses consorts, soit 4,000 fr. à *Secundus* et 4,000 fr. à *Tertius.* La créance de 4,000 fr., qui appartient à *Primus* contre *Secundus,* sera privilégiée sur l'immeuble B, et celle de 4,000 fr. contre *Tertius* le sera sur l'immeuble C. Mais *Primus* ne pourra pas exercer son privilège pour 8,000 fr. sur l'immeuble B seulement, ou sur l'immeuble C.

* Supposons que l'un des cohéritiers de l'évincé soit insolvable, et que ce cohéritier n'ait pas d'immeubles dans son lot pour répondre par privilège de la dette que l'éviction met à sa charge. En modifiant un peu l'espèce précédente, *Tertius* a obtenu dans son lot une somme de 12,000 fr. en argent; il est complètement insolvable; le reste comme dessus. L'insolvabilité de *Tertius* doit se répartir, nous le savons, entre ses cohéritiers, y compris l'évincé (art. 885 al 2); d'où il suit, que *Primus,* évincé, pourra demander à *Secundus* par l'action en garantie 6,000 fr., dont 4,000 pour sa part et 2,000 pour celle de l'insolvable. Cette créance tout entière sera-t-elle privilégiée sur l'immeuble B mis dans le lot de *Secundus?* Oui; car la loi ne distingue pas.

* **1150.** On assimile généralement à l'éviction, et on considère en conséquence comme donnant naissance à la garantie et au privilège qui nous occupe : 1° le paiement qu'un cohéritier est forcé de faire, par suite d'une action hypothécaire intentée contre lui, de la totalité d'une dette héréditaire dont il ne doit supporter qu'une partie; 2° le paiement auquel un héritier a été contraint, pour sa part héréditaire, à raison d'une dette mise pour le tout par le partage à la charge d'un de ses cohéritiers.

2. *Soultes ou retours de lots.*

1151. La soulte est un retour en argent, destiné à compenser l'infériorité d'un lot par rapport aux autres.

La soulte de partage est privilégiée.

Mais sur quels biens porte le privilège qui garantit le paiement de la soulte? Est-ce sur tous les immeubles de la succession (à l'exception bien entendu de ceux attribués à l'héritier créancier de la soulte), ou seulement sur les immeubles mis dans le lot de l'héritier débiteur de la soulte? Les termes de la loi paraissent tour à

tour favorables à l'une et à l'autre solution. En effet, après avoir dit dans l'art. 2103-3° que le privilège pour la soulte porte « sur les immeubles de la succession », et dans l'art. 2109 *in principio* qu'il porte « sur les biens de chaque lot », ce même article, dans sa partie finale, paraît restreindre le privilège « au bien chargé de soulte ». — L'indécision, qui existe dans les termes de la loi, ne viendrait-elle pas de ce que législateur a vaguement entrevu que, suivant les cas, le privilège, garantissant le paiement de la soulte, doit porter, tantôt sur tous les immeubles de la succession, tantôt seulement sur les immeubles mis dans le lot de l'héritier chargé de la soulte? C'est en effet à ce résultat que semblent conduire les principes, auxquels il est tout naturel de recourir en présence de l'incertitude où nous laissent les termes de la loi. Nous allons essayer de le démontrer.

Le privilège est l'accessoire d'une créance, et rationnellement la loi ne peut l'établir que sur les biens de ceux qui sont obligés personnellement au paiement de la créance, soit en qualité de débiteurs principaux, soit en qualité de débiteurs accessoires. Or quel est le débiteur principal de la soulte? L'héritier qui en a été chargé, lui seul, et il est tout naturel que les immeubles mis dans son lot soient grevés du privilège. Ses cohéritiers sont-ils tenus accessoirement du paiement de cette soulte? en répondent-ils au cas où il ne la paierait pas? Toute la question est là; car il est bien difficile de croire que, si les cohéritiers ne sont pas tenus même accessoirement du paiement de la soulte, leurs biens puissent être grevés d'un privilège pour le paiement de ladite soulte. Or à cet égard une distinction paraît nécessaire.

Si l'insolvabilité du cohéritier débiteur de la soulte existait lors du partage, et si l'on n'a pas mis dans son lot des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement de la soulte, les autres copartageants en sont garants envers le copartageant créancier de la soulte; celui-ci en effet subit dans ce cas une éviction en vertu d'une cause antérieure au partage; il aura donc de ce chef l'action en garantie, qui est privilégiée, comme on l'a vu.

Mais, si l'insolvabilité du débiteur de la soulte n'est survenue que depuis le partage, ou si son lot comprenait des immeubles d'une valeur suffisante pour répondre par privilège de la soulte et que ces immeubles aient péri plus tard par cas fortuit, il paraît bien difficile d'en rendre les autres copartageants garants (arg. art. 886); car alors l'éviction que subit le copartageant créancier de la soulte, a une cause postérieure au partage, et une semblable éviction ne donne pas lieu à l'action en garantie (art. 884 et 886).

Pour admettre une dérogation à des principes aussi certains, il faudrait un texte bien formel, et nous ne croyons pas qu'on puisse le trouver dans les dispositions peu concordantes des art. 2103-3° et 2109.

Ainsi le privilège, qui garantit le paiement de la soulte, porterait sur tous les immeubles de la succession, si l'événement, qui met le copartageant créancier de la soulte dans l'impossibilité d'en obtenir le paiement (ordinairement l'insolvabilité du débiteur de la soulte), remonte à une époque antérieure au partage; dans le cas contraire, le privilège ne porterait que sur les immeubles mis dans le lot du copartageant débiteur de la soulte : ce qui expliquerait l'indécision des termes de la loi.

Toutefois l'opinion contraire, qui considère les copartageants comme toujours garants du paiement de la soulte et fait par suite porter dans tous les cas le privilège sur tous les immeubles de la succession, paraît prévaloir. On se fonde principalement sur les termes de l'art. 2103-3° et de l'art. 2109 *in principio;* quant aux mots *sur le bien chargé de soulte* de l'art. 2109, on les considère comme purement indicatifs.

3. *Prix de la licitation.*

1152. Quand un immeuble dépendant de la masse indivise à partager est licité, si c'est un des copartageants qui se rend adjudicataire,

les autres ont le privilège du copartageant *sur l'immeuble licité* pour le paiement de la part qui leur revient dans le prix ; car la licitation est une opération du partage. Si au contraire l'adjudication a lieu au profit d'un étranger (*licitator extraneus*), le paiement du prix de licitation est garanti par le privilège du vendeur; car la licitation est alors une vente. Les deux privilèges sont assujettis à des règles différentes pour leur conservation.

N° 3. Privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers.

1153. Le code civil a emprunté ce privilège à la loi du 11 brumaire de l'an VII, qui elle-même l'avait reproduit des dispositions de notre ancien droit. Il est organisé par l'art. 2103-4°, qui déclare privilégiés : « *Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés* » *pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux, ou autres* » *ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé* » *d'office par le tribunal de première instance dans le ressort duquel les* » *bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal,* » *à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le* » *propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient* » *été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert* » *également nommé d'office; — Mais le montant du privilège ne peut* » *excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit* » *à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et* » *résultant des travaux qui y ont été faits* ».

Les travaux de la nature de ceux dont parle ici la loi, principalement les constructions, améliorent l'immeuble auquel ils s'appliquent : ils font par conséquent entrer une plus-value dans le patrimoine du propriétaire. Quoi de plus juste que d'affecter cette plus-value à ceux qui l'ont créée, pour le paiement de leurs salaires ? De là le privilège, que la loi accorde aux architectes, entrepreneurs et ouvriers qui ont consacré leur temps et leur peine à la confection de ces travaux.

La disposition qui nous occupe, comme toutes celles qui établissent des privilèges, doit recevoir l'interprétation restrictive. Ce principe doit être appliqué, soit *quant aux personnes* auxquelles le privilège est accordé, soit *quant aux travaux* qui lui donnent naissance.

Quant aux personnes. Ainsi, la loi ne parlant que des architectes, entrepreneurs et ouvriers, il paraît impossible d'accorder le privilège au *tiers détenteur* d'un immeuble pour le paiement de l'indemnité que lui doit le propriétaire à raison des travaux d'amélioration effectués sur ledit immeuble (art. 555). D'ailleurs, la loi subordonne la naissance du privilège qui nous occupe à l'accomplissement de formalités que le tiers détenteur n'aura jamais remplies.

Quant aux travaux qui donnent naissance au privilège. Ainsi le privilège pourra bien résulter de la construction ou réparation d'une digue ou d'une chaussée, mais non de l'accomplissement de travaux d'agriculture, tels que défrichements, semis ou plantations. La loi accorde, il est vrai, le privilège à raison d'*ouvra-*

ges quelconques, mais à la condition que les travaux, accomplis pour effectuer ces ouvrages, consistent à *édifier, reconstruire* ou *réparer :* expressions qui ne comprennent pas les travaux d'agriculture. Ce qui prouve bien d'ailleurs que notre privilège ne résulte pas de tous les ouvrages, de quelque nature qu'ils soient, qui ont amélioré un immeuble, c'est que plusieurs lois postérieures au code civil sont venues *créer* des privilèges spéciaux pour certains travaux d'amélioration. C'est ainsi que la loi du 16 septembre 1807, art. 23, accorde un privilège à l'Etat ou aux concessionnaires sur la plus-value produite par les travaux de dessèchement des marais. De même l'art. 20 de la loi du 21 avril 1810 accorde un privilège à ceux qui ont fourni des fonds pour la recherche d'une mine ou confectionné des machines pour son exploitation. De même enfin une loi du 17 juillet 1856, art. 4, a créé un privilège au profit des entrepreneurs qui ont drainé un terrain.

1154. Assiette du privilège. — Le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers ne *s'exerce* que sur la plus-value créée par leurs travaux ; car c'est cette plus-value seulement qu'ils ont fait entrer dans le patrimoine du débiteur. Mais le privilège *porte* sur l'immeuble tout entier, et non pas seulement sur la portion dont l'immeuble a été augmenté par les travaux ; car elle n'a pas une existence matériellement et juridiquement distincte. Ainsi, sur un terrain valant 20,000 fr., un architecte construit une maison, et, la construction une fois faite, l'immeuble vaut 30,000 fr. Le privilège de l'architecte portera sur l'immeuble tout entier, et non pas seulement sur la construction, abstraction faite du sol ; la construction n'a pas en effet une existence juridiquement distincte du sol qui la porte, elle en est un accessoire, *superficies solo cedit.* Mais lorsque, l'immeuble ayant été vendu, il s'agira d'en distribuer le prix entre les divers créanciers, le privilège de l'architecte ne s'exercera que sur la portion du prix représentant la plus-value créée par ses travaux, sur la somme de 10,000 fr., dans l'espèce proposée, en supposant, que le prix à distribuer soit de 30,000 fr.

Supposons que, les travaux une fois terminés, l'immeuble, amélioré par ces travaux, acquière une plus-value nouvelle par suite d'un cas fortuit ; cette nouvelle plus-value profitera-t-elle aux architecte, entrepreneur et ouvriers ? Par exemple une maison qui vaut 20,000 fr. est exhaussée de deux étages par un architecte ; la valeur de la maison s'en trouve doublée, elle est donc portée à 40,000 fr. ; il est dû 25,000 fr. à l'architecte, 5,000 fr. de plus par conséquent que la plus-value par lui créée ; mais voilà que le percement d'une rue nouvelle porte la valeur de la maison à 50,000 fr. L'architecte pourra-t-il dire : « Aux termes de l'art. 2133, l'hypothèque (et aussi le privilège) s'étend aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (ou grevé du privilège) ; or l'augmentation de valeur, résultant du percement de la nouvelle rue, est acquise par la maison tout entière, y compris la plus-value que j'ai créée par mes travaux, elle doit donc se répartir proportionnellement sur cette plus-value et sur le reste de l'immeuble. Dans l'espèce proposée, la valeur de l'immeuble a doublé par mes travaux ; donc la plus-value acquise par l'immeuble doit profiter pour moitié à mon privilège : ce qui me permettra d'obtenir un paiement intégral ». Cette prétention paraît bien raisonnable, et cependant elle n'a pas trouvé faveur auprès des tribunaux dont les décisions sur ce point sont approuvées par la majo-

rité des auteurs. On oppose à l'architecte une fin de non-recevoir tirée du texte de l'art. 2103-4°, qui ne lui permet d'exercer son privilège que sur la plus-value *résultant des travaux.*

La plus-value, créée par les travaux des architectes, entrepreneurs et ouvriers, constitue donc le *maximum* de la valeur sur laquelle peut s'exercer leur privilège; mais ils ne pourront pas toujours prétendre à ce *maximum;* la loi limite en effet leur privilège à la plus-value *existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble.* Ainsi un architecte construit sur un terrain une maison qui en augmente la valeur de 20,000 fr. ; un incendie dévore la maison, et fait disparaître la plus-value créée par l'architecte. Son privilège est perdu ; il serait diminué de moitié, si un cas fortuit avait réduit la plus-value de moitié.

En somme, l'architecte, qui ne bénéficie pas des cas fortuits par suite desquels la plus-value créée par ses travaux se trouve augmentée, subit au contraire les conséquences de ceux qui viennent diminuer cette plus-value ou la faire disparaître.

1155. Il reste à dire comment on parvient à isoler la plus-value sur laquelle porte le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers. Il faut pour cela connaître, d'une part l'état des lieux au moment où les travaux ont commencé, et d'autre part leur état après l'achèvement des travaux. Avec cette double donnée, on pourra savoir ce que valait l'immeuble avant les travaux et ce qu'il vaut après; la différence constituera la plus-value cherchée. Pour faciliter cette opération, et en même temps pour prévenir les fraudes qui pourraient être commises, la loi exige deux procès-verbaux, dont l'un doit être rédigé avant le commencement des travaux, l'autre après leur achèvement et dans les six mois au plus tard à dater de leur perfection. Ce soin doit être confié à un expert, lequel est nommé *d'office* par le tribunal de la situation de l'immeuble, afin qu'il se souvienne qu'il est le ministre de la loi et non des parties ou de l'une d'elles. Le tribunal peut, mais c'est pour lui une simple faculté, désigner pour rédiger le deuxième procès-verbal le même expert qui a déjà rédigé le premier.

En l'absence des deux procès-verbaux dont il vient d'être parlé, le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers ne peut prendre naissance. Rarement les architectes, en province surtout, procèdent à l'accomplissement de cette formalité, qui peut quelquefois blesser la susceptibilité du propriétaire; aussi dans la pratique n'a-t-on pas souvent à compter avec le privilège dont il s'agit, et les décisions judiciaires sont rares en cette matière. C'est un motif pour ne pas y insister davantage.

N° 4. De la subrogation aux privilèges sur les immeubles en faveur des prêteurs de deniers.

1156. Les trois privilèges dont il vient d'être traité peuvent être transmis par voie de subrogation à celui qui a prêté des fonds pour payer le créancier privilégié. Le législateur le dit formellement pour le privilège du vendeur et pour celui de l'architecte, et la même solution

doit être admise en vertu des règles du droit commun pour le privilège du copartageant, malgré le silence de la loi, silence qu'il faut mettre sur le compte d'un oubli.

Nous transcrivons les deux textes qui autorisent la subrogation au privilège du vendeur et à celui de l'architecte.

Pour le privilège du vendeur, c'est l'art. 2103-2°, qui déclare privilégiés : « 2° *Ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeu-* » *ble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt,* » *que la somme était destinée à cet emploi, et, par la quittance du vendeur,* » *que ce paiement a été fait des deniers empruntés* ».

En ce qui concerne le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers, l'art. 2105-5° dit : 5° *Ceux qui ont prêté les deniers pour payer* » *ou rembourser les ouvriers, jouissent du même privilège, pourvu que* » *cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt, et par la* » *quittance des ouvriers, ainsi qu'il a été dit ci-dessus pour ceux qui ont* » *prêté les deniers pour l'acquisition d'un immeuble* ».

* Ces deux textes ne font guère que reproduire, en l'appliquant aux cas particuliers qu'ils prévoient, la disposition de l'art. 1250-2°, et nous estimons en conséquence qu'on aurait pu et même dû se dispenser de les écrire. On a cependant voulu leur trouver une utilité, du moins au premier (art. 2103-2°); et, dans ce but, on a supposé que celui qui fournit des deniers pour l'acquisition d'un immeuble les verse entre les mains du vendeur au moment même où le notaire reçoit la vente, et fait constater ce paiement dans l'acte qui en est dressé. En pareil cas, dit-on, le privilège n'est pas transmis par voie de subrogation au bailleur de fonds ; car le vendeur n'a jamais eu le privilège, et n'a pu par suite le transmettre; le privilège naît directement dans la personne du prêteur, et il naît en vertu de l'art 2103-2° qui a été principalement écrit en vue de cette hypothèse. — Est-ce bien exact? A notre avis, le privilège prend nécessairement naissance dans la personne du vendeur, et ne peut appartenir au bailleur de fonds qu'autant qu'il lui est transmis par la voie de la subrogation. L'acte de vente n'est qu'un écrit, constatant une vente consentie antérieurement et qui, au moment où elle est devenue parfaite par le consentement des parties, a rendu l'acheteur propriétaire et fait naître un privilège au profit du vendeur. Le privilège existe donc au moment où l'acte de vente est dressé, et le bailleur de fonds qui y figure ne peut l'acquérir qu'en vertu de la subrogation. — En tout cas, l'explication que nous combattons ne pourrait pas s'adapter à l'art. 2103-5°.

Le prêteur de deniers, qui s'est fait subroger dans le privilège du vendeur, du copartageant ou de l'architecte, a placé son argent avec privilège sur un immeuble : ce qui donne l'explication de l'art. 1067 *in fine,* où il est parlé d'un emploi de fonds fait *avec privilège sur des immeubles.*

SECTION III

DES PRIVILÈGES QUI S'ÉTENDENT SUR LES MEUBLES ET SUR LES IMMEUBLES

1157. « *Les privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles* » *sont ceux énoncés en l'article* 2101 ». Ainsi s'exprime l'art. 2104.

Malgré la généralité de ce texte, on admet que les frais de justice,

faits pour la vente du mobilier, ne seraient pas privilégiés sur les immeubles. C'est une application de ce principe : que les frais de justice ne sont privilégiés que par rapport aux créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits (*supra* n. 1074).

Les créances de l'art. 2101 ne sont privilégiées sur les immeubles que subsidiairement, c'est-à-dire en cas d'insuffisance des meubles. Nous reviendrons sur ce point tout à l'heure.

1158. Il peut se faire que le concours s'établisse sur le prix d'un même immeuble entre des créanciers de l'art. 2101 et des créanciers de l'art. 2103; quels sont ceux qui seront préférés ? L'art. 2105 dit que ce sont les créanciers de l'art. 2101, en supposant du moins qu'ils n'aient pas pu se faire colloquer en ordre utile sur le prix du mobilier : « *Lorsqu'à défaut de mobilier les privilégiés énoncés en l'article précédent se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, les paiements se font dans l'ordre qui suit : 1° Les frais de justice et autres énoncés en l'article* 2101 ; — 2° *Les créances désignées en l'article* 2103 ».

Ainsi, l'acheteur d'un immeuble étant tombé en déconfiture avant d'en avoir payé le prix, un de ses domestiques, privilégié aux termes de l'art. 2101-4° et qui n'a pas pu être colloqué utilement sur le prix provenant de la vente des meubles du débiteur, se présente, pour être payé sur le prix de l'immeuble, en concurrence avec le vendeur. Il sera colloqué avant lui; de sorte que le gage du vendeur, réduit d'autant, se trouvera peut-être insuffisant pour lui procurer un paiement intégral. Le seul moyen pour le vendeur d'éviter ce résultat, s'il a livré l'immeuble, consiste à demander la résolution de la vente, en supposant qu'il n'ait pas expressément ou tacitement renoncé à ce droit ; et le vendeur peut l'employer sans scrupule; car au point de vue de l'équité sa cause est favorable. Le droit de préférence, que les créanciers de l'art. 2101 peuvent légalement lui opposer, n'est en effet rien moins que justifié. Le vendeur, ayant mis l'immeuble vendu dans le patrimoine de l'acheteur, devrait en bonne justice être préféré, pour le paiement de son prix, à tous les autres créanciers de l'acheteur, quelque favorables qu'ils fussent. Aussi la loi belge du 16 décembre 1851 a-t-elle, sur ce point, modifié fort heureusement les dispositions du code civil : ladite loi a bien conservé aux créanciers, compris dans l'énumération de notre art. 2101, le privilège que l'art. 2105 leur accorde sur les immeubles, mais en déclarant qu'ils sont primés sur le prix des *immeubles* par les créanciers de l'art. 2103 et même par les simples créanciers hypothécaires; de sorte qu'en définitive ils ne peuvent exercer leurs privilèges sur le prix des immeubles qu'à l'encontre des créanciers chirographaires. C'est le *privilegium inter chirographarios* ou *inter personales actiones* de la loi romaine.

1159. Le privilège des créanciers de l'art. 2101, au moins quand ils l'opposent aux créanciers privilégiés de l'art. 2103, ne peut s'exercer sur les immeubles que *subsidiairement,* c'est-à-dire en cas d'insuffisance du mobilier qui est affecté en première ligne à leur privilège.

De là, il suit que, si un créancier de l'art. 2101, qui aurait pu être colloqué en rang utile sur le prix du mobilier pour la totalité ou pour une partie de sa créance, a négligé de se présenter lors de la distribution du prix du mobilier, il ne pourra pas se faire colloquer sur le prix des immeubles par préférence aux créanciers pri-

vilégiés de l'art. 2103, auxquels sa négligence ne doit pas nuire, ni même, suivant l'opinion générale, au sujet de laquelle nous faisons nos réserves, par préférence aux créanciers hypothécaires. Il en sera ainsi du moins pour toute le partie de sa créance dont il aurait pu obtenir le paiement sur la masse mobilière. Mais il pourra dans tous les cas obtenir sa collocation sur le prix des immeubles par préférence aux créanciers chirographaires, qui n'ont pas d'intérêt à ce qu'il soit colloqué sur les meubles plutôt que sur les immeubles et qui auraient mauvaise grâce par suite à lui reprocher de ne pas s'être fait colloquer sur le prix des meubles.

Il peut arriver que la distribution du prix des immeubles précède la distribution du prix des meubles. Alors les créanciers privilégiés de l'art. 2101 pourront demander à être colloqués sur le prix des immeubles. Mais on ne les colloquera que conditionnellement, en ce sens que leur collocation ne devra produire d'effet que dans la mesure où il leur sera impossible de se faire colloquer utilement sur le prix des meubles. En un mot, si le prix des immeubles est distribué avant celui des meubles, le résultat définitif devra être le même que si l'on avait commencé par la distribution du prix du mobilier.

Ainsi, un débiteur étant en déconfiture, ses biens sont saisis et vendus, et le prix de ses immeubles est mis en distribution avant celui des meubles ; un domestique du débiteur, auquel il est dû 1,000 fr., produit à l'ordre, et demande a être colloqué sur le prix des immeubles pour le montant de sa créance. On le colloquera au rang que lui assigne son privilège ; mais sa collocation ne sera pas toujours définitive. Trois hypothèses peuvent en effet se présenter.

1. Le prix des meubles, mis en distribution plus tard, est suffisant pour permettre de colloquer utilement le domestique pour la totalité de sa créance. La collocation, faite à son profit sur le prix des immeubles, sera non avenue.

2. Le prix des meubles étant insuffisant, le domestique ne peut être colloqué en ordre utile. Sa collocation sur le prix des immeubles demeurera définitive.

3. Le domestique ne peut être colloqué utilement sur le prix des meubles que pour une partie de sa créance, soit pour 700 fr. Sa collocation sur le prix des immeubles ne sera maintenue que pour l'excédent, c'est-à-dire pour 300 fr.

Dans la pratique, on impartit ordinairement un délai aux créanciers de l'art. 2101, pour qu'ils provoquent la discussion du mobilier.

SECTION IV

COMMENT SE CONSERVENT LES PRIVILÈGES

1160. Objet de la section et observation sur la rubrique. — Les trois premières sections de notre chapitre sont consacrées à l'*acquisition* des privilèges ; celle-ci traite de leur *conservation*.

Aucune formalité particulière n'est imposée pour la conservation des privilèges sur les meubles. Il en est autrement des privilèges sur les immeubles : ils ne peuvent en principe être conservés que par l'accomplissement de certaines formalités prescrites par la loi dans un but de publicité.

Quelles sont ces formalités ? C'est ce qu'il nous faut maintenant rechercher.

La question toutefois présente un double aspect, et pour le moment nous ne l'étudierons que sous l'un de ces aspects. On se souvient que les privilèges sur les immeubles engendrent un droit de préférence et

un droit de suite. — Un droit de *préférence* s'exerçant *entre créanciers,* c'est-à-dire dans les rapports du créancier privilégié avec les autres créanciers du débiteur : le créancier privilégié prime les autres, il est payé par *préférence* à eux, d'où la dénomination de *droit de préférence.* — Un droit de *suite,* s'exerçant à l'encontre des tiers détenteurs et permettant au créancier privilégié de suivre son gage entre leurs mains. Le créancier, auquel appartient un privilège sur un immeuble, a donc deux droits distincts à conserver, et les formalités prescrites pour la conservation de chacun de ces deux droits ne sont pas les mêmes. Notre section ne traite que de la conservation du droit de *préférence.* Cela résulte très nettement de l'art. 2106, qui contient le programme de toute la section ; il débute par ces mots : « *Entre les* » *créanciers,* les privilèges ne produisent d'effet... », indiquant bien qu'il s'agit seulement d'assurer l'effet du privilège dans les rapports du créancier privilégié avec les autres créanciers : ce qui constitue précisément le droit de préférence. C'est plus tard, dans le chapitre VI (art. 2166 et s.), que le législateur s'occupera de la conservation du droit de suite.

On voit par cette observation que la rubrique de notre section est beaucoup trop compréhensive. D'une part, elle donnerait à penser que tous les privilèges sont assujettis à des formalités particulières pour leur conservation, tandis que cela n'est vrai que des privilèges sur les immeubles. D'autre part, la généralité des termes de l'intitulé semble indiquer que la loi va traiter de la conservation des deux droits résultant du privilège, droit de préférence et droit de suite ; or elle ne s'occupe en réalité que de la conservation du droit de préférence, réservant pour plus tard (art. 2166 et s.) ce qui concerne la conservation du droit de suite. Le législateur aurait évité cette double critique, s'il eût intitulé la section : *De la conservation des privilèges sur les immeubles au point de vue du droit de préférence.*

1161. Division. — L'objet de notre étude étant ainsi bien délimité, il s'agit maintenant de savoir comment se conserve le droit de préférence résultant d'un privilège sur un immeuble.

La règle est que le privilège doit être rendu public. Mais d'une part cette règle n'est pas absolue, et d'autre part le mode de publicité prescrit varie suivant les divers privilèges, ordinairement il consiste dans une inscription. La loi va nous parler successivement à ce point de vue : 1° des privilèges généraux de l'art. 2101, en tant qu'ils grèvent subsidiairement les immeubles (art. 2107) ; 2° du privilège du vendeur (art. 2108) ; 3° de celui des copartageants (art. 2109) ; 4° du privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers (art. 2110) ; et enfin 5° d'un nouveau privilège, qui apparaît ici pour la première fois et qui ne mérite

peut-être pas ce nom, celui résultant de la séparation des patrimoines (art. 2111). Nous allons la suivre dans cette énumération, et nous verrons ensuite s'il est possible de concilier les dispositions, contradictoires en apparence, des art. 2096 et 2106; enfin, dans un appendice, nous traiterons de la cession des créances privilégiées.

§ I. *Comment se conserve le droit de préférence résultant des privilèges sur les immenubles.*

N° 1. Privilèges généraux de l'article 2101.

1162. On se souvient que les privilèges généraux de l'art. 2101 portent sur la généralité des meubles d'abord, et, en cas d'insuffisance sur les immeubles. Le droit de préférence résultant de ces privilèges, qu'il s'agisse de l'exercer sur les meubles ou sur les immeubles, n'est assujetti pour sa conservation à aucune formalité : « *Sont exceptées de* » *la formalité de l'inscription* », dit l'art. 2107, « *les créances énoncées en* » *l'article* 2101 ». Ce n'est qu'une application du droit commun (*supra* n. 1160) en tant que le privilège porte sur des meubles; mais, en tant qu'il porte sur des immeubles, c'est une exception à ce même droit commun, exception qu'explique la faveur toute spéciale dont la loi entoure ces privilèges. D'ailleurs, ils garantissent ordinairement des créances modiques et dont l'existence peut être facilement soupçonnée; enfin les frais à faire pour rendre le privilège public auraient souvent dépassé le montant de la créance garantie. C'est plus qu'il n'en faut pour justifier l'exception dont ils ont été l'objet.

N° 2. Privilège du vendeur.

1163. Le privilège du vendeur d'un immeuble se conserve par la transcription de l'acte de vente, constatant que le prix lui est dû en tout ou en partie. Nous savons que la transcription a en outre pour résultat de faire devenir l'acheteur propriétaire à l'égard des tiers; elle rend donc du même coup opposable aux tiers la mutation de propriété et le privilège du vendeur.

Comment le législateur a-t-il pu attacher à la transcription ce double effet? La transcription est une mesure de publicité. Le registre sur lequel on l'effectue, registre qui se trouve à la conservation hypothécaire dans le ressort de laquelle l'immeuble est situé, est à la disposition du public qui peut le consulter. Un acte transcrit est donc réputé connu de tous, en ce sens que tout intéressé peut facilement en prendre connaissance. Eh bien ! les tiers qui liront l'acte transcrit (la transcription est une copie littérale) apprendront nécessairement, d'une part, que l'acheteur est devenu propriétaire, et d'autre part, que le vendeur n'a cessé de l'être que sous la réserve d'un privilège. La mutation de

propriété est écrite en toutes lettres dans l'acte, et quant au privilège il est à peine voilé sous la clause qui déclare le prix encore dû par l'acheteur soit en totalité, soit en partie. Le vendeur est en effet de plein droit privilégié pour le prix; et, quand l'acte dit que le vendeur en est créancier, il dit par cela même qu'il en est créancier privilégié.

1164. Aucun délai n'est imparti au vendeur pour effectuer la transcription, en tant qu'elle est destinée à assurer la conservation du droit de préférence résultant de son privilège. Donc, à quelque époque que cette formalité soit remplie, le vendeur pourra opposer son droit de préférence aux créanciers de l'acheteur, même à ceux qui ont acquis sur l'immeuble une hypothèque du chef de l'acheteur et qui l'ont fait inscrire antérieurement à la transcription. Nous verrons qu'il en est autrement, quand il s'agit pour le vendeur d'exercer le droit de suite.

1165. Pour rendre le privilège du vendeur encore plus transparent, pour le faire apparaître aux yeux des moins clairvoyants, la loi impose au conservateur des hypothèques l'obligation de le rendre public par une inscription spéciale, qu'il doit prendre sans en être requis et qu'on appelle pour ce motif *inscription d'office*.

Cette inscription, dont l'idée première a été puisée dans la loi du 11 brumaire de l'an VII, n'est pas toutefois nécessaire pour la conservation du privilège du vendeur, et l'obligation, que la loi impose de ce chef au conservateur, n'a pas d'autre sanction que sa responsabilité envers les tiers auxquels le défaut d'inscription préjudicierait. En le décidant ainsi, le code civil s'est écarté avec raison des traditions de la loi de brumaire qui faisait retomber sur le vendeur, sauf son recours contre le conservateur, les conséquences du défaut d'inscription d'office.

1166. Il se peut que le privilège du vendeur d'un immeuble ait été transmis par voie de subrogation, dans l'acte même de vente, à un tiers qui a fourni les fonds pour désintéresser le vendeur. La transcription de l'acte de vente suffira encore ici pour conserver le privilège au profit du bailleur de fonds, et le conservateur devra toujours prendre l'inscription d'office, mais cette fois au nom du bailleur de fonds, puisque c'est à lui que le privilège appartient.

1167. Tout ce que nous venons de dire au sujet du privilège du vendeur est contenu en substance dans l'art. 2108, dont la lecture résumera nos explications sur ce point :

« *Le vendeur privilégié conserve son privilège par la transcription du* » *titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate que la* » *totalité ou partie du prix lui est due; à l'effet de quoi la transcription* » *du contrat faite par l'acquéreur vaudra inscription pour le vendeur et* » *pour le prêteur qui lui aura fourni les deniers payés, et qui sera* » *subrogé aux droits du vendeur par le même contrat : sera néanmoins* » *le conservateur des hypothèques tenu, sous peine de tous dommages et*

» *intérêts envers les tiers, de faire d'office l'inscription sur son registre,* » *des créances résultant de l'acte translatif de propriété, tant en faveur* » *du vendeur qu'en faveur des prêteurs, qui pourront aussi faire faire,* » *si elle ne l'a été, la transcription du contrat de vente, à l'effet d'acqué-* » *rir l'inscription de ce qui leur est dû sur le prix* ».

Nous n'ajouterons qu'un mot. L'article suppose, parce que c'est ce qui arrive le plus ordinairement, que la transcription est effectuée par l'acquéreur, mais il est certain que la transcription effectuée par les soins du vendeur ou du bailleur de fonds, produirait le même résultat.

1168. Nous venons d'expliquer l'art. 2108 en combinant sa disposition avec le principe que la transcription est nécessaire pour rendre l'acheteur d'un immeuble propriétaire à l'égard des tiers. Ce principe était consacré par l'art. 91 du projet, ce fameux article qui s'est perdu et qu'on n'a jamais pu retrouver (v. t. II, n. 881), et il était certainement présent à la pensée des rédacteurs au moment où ils écrivaient l'art. 2108. En admettant, comme l'avait fait la jurisprudence, que le principe consacré par l'art. 91 avait dû disparaître avec lui, que par conséquent le seul consentement des parties suffisait dans la vente d'un immeuble pour en transférer la propriété à l'acheteur *erga omnes* indépendamment de toute transcription, il devenait fort difficile de donner une explication satisfaisante de l'art. 2108. Quelques-uns même, liant son sort à celui de l'art. 91, dont il ne formait qu'une dépendance, un corollaire, le considéraient comme une lettre morte. En effet, disait-on, si la vente est réputée connue des tiers indépendamment de la transcription en tant qu'elle transfère la propriété à l'acheteur, elle doit être réputée connue aussi en tant qu'elle engendre un privilège au profit du vendeur ; il n'est pas admissible que, des deux effets produits par la vente, l'un soit réputé connu des tiers et l'autre réputé ignoré en l'absence de la transcription. — Sans entrer dans ce débat, qui ne présenterait plus qu'un intérêt rétrospectif, constatons que l'art. 2108 est certainement aujourd'hui en vigueur dans toutes ses parties ; car le principe, à la lueur duquel il a été écrit et en l'absence duquel il ne se comprend que difficilement, a été, après une longue éclipse, rétabli par la loi du 23 mars 1855.

N° 3. Privilège des copartageants.

1169. Le privilège des copartageants se conserve par une inscription. Mais, pour assurer toute son efficacité au droit de préférence qu'engendre ce privilège, l'inscription doit être prise dans les soixante jours du partage ou de l'adjudication sur licitation. C'est ce que dit l'art. 2109 : « *Le cohéritier ou copartageant conserve son privilège sur* » *les biens de chaque lot ou sur le bien licité, pour les soulte et retour de* » *lots, ou pour le prix de la licitation, par l'inscription faite à sa dili-* » *gence, dans soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudi-* » *cation par licitation; durant lequel temps aucune hypothèque ne peut* » *avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé par licitation, au pré-* » *judice du créancier de la soulte ou du prix* ».

Ainsi, un immeuble étant indivis entre *Primus* et *Secundus*, cet immeuble est adjugé à *Primus* pour 20,000 fr., sous l'obligation de payer à *Secundus* 10,000 fr. pour sa part dans le prix de la licitation. *Secundus*

a privilège sur l'immeuble licité, à raison de cette créance de 10,000 fr. Si ce privilège est inscrit dans le délai de soixante jours fixé par l'art. 2109, le droit de préférence qui en résulte sera conservé dans toute sa plénitude; il pourra donc être opposé à tous les autres créanciers de *Primus*, non seulement à ses créanciers chirographaires, mais aussi à ses créanciers hypothécaires, et, parmi ces derniers, même à ceux dont l'inscription serait antérieure à celle du privilège. Supposons par exemple que *Primus* ait consenti une hypothèque sur l'immeuble aussitôt après s'en être rendu adjudicataire et que cette hypothèque ait été inscrite sans retard ; *Secundus* n'inscrit son privilège que le soixantième jour à dater du partage, le dernier jour par conséquent. Il pourra opposer son privilège au créancier hypothécaire ; par suite il lui sera préféré sur le prix de l'immeuble, et cependant le privilège a été inscrit longtemps après l'hypothèque.

* On exprime ordinairement les idées que nous venons de développer, en disant que l'inscription du privilège, prise dans le délai légal, rétroagit au jour du partage ou de l'adjudication sur licitation. Ce n'est pas assez dire; car le copartageant ne prime pas seulement en vertu de son privilège les créanciers hypothécaires de l'adjudicataire, inscrits depuis le partage ou l'adjudication sur licitation, mais aussi ceux qui étaient inscrits auparavant et dont l'hypothèque a saisi l'immeuble au moment même où il est devenu la propriété exclusive du débiteur par le partage ou l'adjudication sur licitation. Nous songeons aux créanciers à hypothèque légale ou judiciaire, dont l'hypothèque était déjà inscrite au bureau de la conservation hypothécaire dans le ressort de laquelle l'immeuble grevé du privilège se trouve situé (art. 2148 *in fine*).

1170. Qu'arrivera-t-il maintenant, si le privilège du copartageant n'a pas été inscrit dans le délai de soixante jours ? Il dégénère alors en une hypothèque légale, et ne prend plus rang qu'à dater du jour de son inscription (art. 2113). Le copartageant retardataire sera donc primé par tous les créanciers hypothécaires du débiteur inscrits avant lui ; on appliquera la règle *Prior tempore potior jure.*

La situation du copartageant est donc bien différente, suivant que l'inscription de son privilège a été prise dans les soixante jours ou après leur expiration. D'où l'importance qui s'attache à préciser la durée de ce délai. Pour cela il faut connaître son point de départ et son terme.

A. *Point de départ du délai de soixante jours.* La loi distingue, suivant que le privilège garantit le paiement du prix de licitation ou celui d'une soulte. Il y a une troisième hypothèse à ajouter : celle où le privilège a lieu pour la garantie des lots.

a. — Pour le privilège garantissant le paiement du prix de licitation, le point de départ du délai de soixante jours accordé pour l'inscription est l'*adjudication sur licitation,* et non le partage définitif qui suivra cette adjudication. Il faut supposer bien entendu que l'immeuble licité a été adjugé à un copartageant; car, s'il avait été adjugé à un étranger, *licitator extraneus,* le paiement du prix ne serait plus garanti par le privilège du copartageant, mais bien par celui du vendeur, qui est soumis à d'autres règles pour sa conservation.

b. — En ce qui concerne le privilège pour soulte ou retour de lot, le point de

départ du délai de soixante jours est l'*acte de partage*. Il faut donc savoir quelle est la date de cet acte, et distinguer pour la déterminer s'il s'agit d'un partage ordinaire ou d'un partage d'ascendant.

α. Pas de difficulté au cas d'un partage ordinaire : s'il est fait en la forme amiable, la date sera toujours celle portée sur l'acte qui constate le partage, que cet acte soit authentique ou sous seing privé; s'il est fait en la forme judiciaire, le délai de soixante jours aura pour point de départ la date du partage et non celle du jugement d'homologation au cas où elle serait nécessaire.

β. S'il s'agit d'un partage d'ascendant, il faudra sous-distinguer s'il est fait par acte entre vifs ou par acte testamentaire. — Est-il fait par donation entre vifs? La date du partage sera le jour où la donation est devenue parfaite entre les parties par l'accomplissement des formalités prescrites, c'est-à-dire le jour même de la donation, si elle contient l'acceptation du donataire, ou celui de la notification de l'acceptation, si elle a été faite par acte séparé (art. 932). — Si le partage a été fait par acte testamentaire, alors nous estimons que la date du partage, et par suite le point de départ du délai, sera la mort du testateur; car c'est à ce moment que l'acte devient parfait, jusque-là il n'était qu'un projet. Toutefois, si l'existence du testament qui opère le partage était ignorée de l'héritier, il y aurait peut-être lieu de reculer le point de départ du délai jusqu'à l'époque où il en a eu connaissance.

c. — Il reste le cas où il s'agit du privilège pour la garantie du partage. La loi n'en parle pas dans l'art. 2109, et ce silence a fait naître quelques difficultés. Nous enseignons que, dans cette hypothèse comme dans la précédente, le délai de soixante jours, accordé pour l'inscription du privilège, a pour point de départ le partage.

B. *Terme du délai.* Le délai expire le soixantième jour à dater du partage ou de l'adjudication sur licitation. Ce jour tout entier est utile pour l'inscription du privilège; mais c'est le dernier : la loi dit en effet que le privilège doit être inscrit *dans les soixante jours.*

1171. Tel est le système de la loi en ce qui concerne le privilège du copartageant : ce privilège doit être rendu public par une inscription, qui, prise dans le délai de soixante jours à compter du partage ou de l'adjudication sur licitation, lui conserve son entière efficacité (voyez cependant *infra*, n. 1487), et qui, prise après l'expiration de ce délai, ne lui laisse plus que la valeur d'une simple hypothèque soumise à la règle *Prior tempore potior jure.* Ce système se justifie facilement. Il était matériellement impossible que le privilège du copartageant fût rendu public à l'instant même où il prend naissance, c'est-à-dire au moment même du partage ou de l'adjudication sur licitation, ainsi que cela serait désirable pour la satisfaction complète du principe de la publicité; il fallait bien accorder un délai pour opérer l'inscription; la loi l'a fixé à soixante jours.

A ceux qui seraient tentés de trouver ce délai trop long, il suffira de faire observer qu'il n'y avait pas seulement à se préoccuper du temps nécessaire pour remplir la formalité matérielle de l'inscription, mais surtout de celui dont les copartageants ont besoin pour examiner à tête reposée l'acte de partage et s'assurer s'il engendre quelque privilège à leur profit : ce qui n'est pas toujours aussi simple qu'on le croit. Si l'on objecte que la rétroactivité, attachée à l'inscription prise dans les soixante jours du partage ou de l'adjudication sur licitation, pourra être la source de bien des déceptions pour les créanciers, qui, pendant la durée de ce délai, auront acquis

sur l'immeuble des hypothèques et se seront empressés de les faire inscrire, nous répondrons qu'il leur était facile, en exigeant la représentation des titres, de savoir que les biens, sur lesquels le débiteur leur conférait une hypothèque, lui étaient advenus par suite d'un partage ou d'une adjudication sur licitation, faits qui d'ailleurs ont toujours une certaine notoriété, et que par suite ils devaient s'attendre, tant que le délai de soixante jours n'était pas expiré, à voir apparaître une inscription annonçant l'existence d'un privilège résultant du partage.

1172. C'est par une inscription que se conserve le privilège du copartageant, aux termes de l'art. 2109; et, comme en cette matière tout est de rigueur, et que par conséquent une formalité ne peut pas en remplacer une autre, il faut en conclure que la transcription de l'acte de partage n'opèrerait pas la conservation du privilège.

L'inscription doit être prise par le copartageant auquel le privilège appartient, *à sa diligence,* dit l'art. 2109. En dehors d'un mandat spécial, le notaire qui a dressé l'acte de partage ne serait pas tenu sous sa responsabilité personnelle de faire opérer ladite inscription.

N° 4. Privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers.

1173. L'art. 2103-4° règle les conditions de l'*acquisition* de ce privilège; l'art. 2110, les conditions requises pour sa *conservation.*

On se souvient (*supra* n. 1155) que, pour l'acquisition du privilège, la loi exige la rédaction de deux procès-verbaux : l'un antérieur au commencement des travaux, l'autre qui doit être dressé dans les six mois au plus tard à dater de leur achèvement. La comparaison de ces deux procès-verbaux permet d'isoler la plus-value créée par le travail des architectes, entrepreneurs et ouvriers, plus value qui est précisément affectée à leur privilège.

Voici maintenant comment l'art. 2110 règle ce qui concerne la conservation du privilège : « *Les architectes, entrepreneurs, maçons et* » *autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des* » *bâtiments, canaux ou autres ouvrages, et ceux qui ont, pour les payer* » *et rembourser, prêté les deniers dont l'emploi a été constaté, conservent,* » *par la double inscription faite,* 1° *du procès-verbal qui constate l'état* » *des lieux,* 2° *du procès-verbal de réception, leur privilège à la date de* » *l'inscription du premier procès-verbal* ».

Ainsi, les deux procès-verbaux exigés par l'art. 2103-4° doivent être inscrits. L'inscription se fait au bureau de la conservation hypothécaire dans le ressort de laquelle l'immeuble est situé; elle consiste dans la transcription ou copie des deux procès-verbaux.

1174. A quelle époque doit être opérée cette double inscription? La loi a négligé de s'expliquer sur ce point, et son silence a fait naître des difficultés.

En ce qui concerne le premier procès-verbal, nous croyons qu'il doit être inscrit avant le commencement des travaux. L'art. 13 de la loi du 11 brumaire an VII le disait positivement : « Le procès-verbal qui constate les ouvrages à faire, doit être » inscrit avant le commencement des réparations, et le privilège n'a d'effet que par » cette inscription »; et, si le texte de l'art. 2110 laisse la question indécise, son esprit ne permet guère de doute; car le vœu bien évident de la loi est que les tiers

soient informés par l'inscription que la plus-value, créée par le travail des architectes, entrepreneurs et ouvriers, n'entrera pas libre de toute charge dans le patrimoine du débiteur, mais qu'elle sera affectée au privilège de l'art, 2103-4°, et il faut de toute nécessité, pour que ce vœu soit rempli, que l'inscription précède le commencement des travaux. Autrement les créanciers déjà inscrits sur l'immeuble, n'étant pas informés de l'existence du privilège, ont pu légitimement compter que la plus-value, créée par le travail des constructeurs, profiterait à leur hypothèque (art. 2133). A plus forte raison, les créanciers, qui se sont inscrits postérieurement aux travaux, à une époque où aucun signe ne leur révélait l'existence du privilège des constructeurs, ont dû croire que l'immeuble tout entier serait affecté à leur hypothèque, y compris l'amélioration résultant des constructions, et la loi ne veut pas qu'ils soient trompés dans leurs prévisions.

Quant au second procès-verbal, l'art. 13 précité de la loi du 11 brumaire an VII se bornait à dire : « Celui de réception des ouvrages doit être également inscrit à » l'effet de déterminer le *maximum* de la créance privilégiée ». Ce texte d'ailleurs, pas plus que l'art. 2110, ne fixait le délai dans lequel l'inscription devait être prise. Nous en concluons qu'il n'y a pas de délai fatal. On a proposé d'appliquer ici le délai de six mois fixé par l'art. 2103-4° pour la rédaction du deuxième procès-verbal : c'est confondre les conditions requises pour l'acquisition du privilège avec celles exigées pour sa conservation. L'inscription du deuxième procès-verbal peut donc être prise utilement à une époque quelconque. A ceux qui objecteraient qu'il était bien inutile d'exiger l'inscription du deuxième procès-verbal, si elle peut être prise utilement jusqu'au dernier moment, nous répondrons avec M. Colmet de Santerre que cette deuxième inscription paraît avoir été établie par le législateur beaucoup moins dans l'intérêt des tiers, suffisamment avertis par l'inscription du premier procès-verbal, que dans l'intérêt du débiteur lui-même, afin de limiter l'atteinte que le privilège porte à son crédit, et que par suite on pouvait bien laisser le débiteur libre d'accomplir quand il le voudrait une formalité qui n'intéresse guère que lui.

1175. Il reste à examiner quelle sera la situation faite aux constructeurs, suivant que le premier procès-verbal aura été inscrit avant ou après le commencement des travaux.

a. — Supposons d'abord que le premier procès-verbal a été inscrit avant le commencement des travaux. Le privilège des constructeurs est conservé dans toute sa plénitude; ils primeront donc même les créanciers hypothécaires inscrits avant eux.

La loi emploie une formule trop restrictive, quand elle dispose que le privilège est conservé *à la date de l'inscription du premier procès-verbal :* ce qui, pris à la lettre, signifierait que le privilège prend rang à cette date, et conduirait à décider qu'il est primé par les hypothèques antérieurement inscrites. On arriverait ainsi à la négation du privilège : il ne serait jamais qu'une hypothèque légale prenant rang à dater de son inscription. Ce que la loi a voulu dire, et il ne faut pas forcer beaucoup le sens de ses expressions pour l'entendre ainsi, c'est que l'inscription du deuxième procès-verbal rétroagit à la date du premier, que la conservation plus ou moins complète du privilège dépend de la date de l'inscription de ce premier procès-verbal, sans qu'il y ait à se préoccuper de la date à laquelle le second a été inscrit, que par conséquent le privilège sera conservé dans toute sa plénitude, si l'inscription du premier procès-verbal a précédé le commencement des travaux, et que, dans le cas contraire, ainsi que nous allons le voir à l'instant même, il ne prendra rang qu'à compter de la date de l'inscription de ce procès-verbal. Voilà ce qu'on a voulu exprimer; mais il faut reconnaître qu'on aurait pu le faire en meilleurs termes.

b. — Le premier procès-verbal a été inscrit après le commencement des travaux. Alors le privilège ne prendra plus rang qu'à dater de cette inscription; il a dégénéré par la négligence des constructeurs en une hypothèque légale, à laquelle il faut appliquer la règle *Prior tempore potior jure* (arg. art. 2113).

Il est sans difficulté que le privilège des constructeurs tardivement inscrits sera primé par les hypothèques nées pendant le cours des travaux et inscrites antérieurement à l'inscription du premier procès-verbal; mais sera-t-il primé également par les hypothèques inscrites à une époque antérieure au commencement des travaux? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, bien que la question soit controversée. Au point de vue rationnel d'abord, on ne comprendrait pas que le privilège, qui est primé par une hypothèque inscrite au cours des travaux, ne fût pas primé par des hypothèques préférables à celle-ci. Les créanciers inscrits avant le commencement des travaux ont bien la logique pour eux, quand ils viennent dire au constructeur tardivement inscrit : *Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam.* En outre, le texte de la loi leur est favorable ; car il résulte des art. 2110 et 2113 combinés que le privilège ne prend rang dans cette hypothèse qu'à compter de la date de son inscription; donc il est primé par toutes les hypothèques antérieurement inscrites.

N° 5. De la séparation des patrimoines.

1176. Nous avons étudié avec détails la séparation des patrimoines au titre *Des successions,* où elle est organisée par les art. 878 à 881 (t. II, n. n. 304 à 318). Le législateur ne s'en occupe ici que pour régler la conservation du droit de préférence qu'elle engendre au profit des créanciers de la succession contre ceux de l'héritier (art. 2111), et par la même occasion il comble une lacune, en étendant aux légataires le bénéfice de la séparation des patrimoines que les articles du titre *Des successions* paraissent leur refuser en l'accordant aux créanciers seulement.

1177. Avant d'étudier la disposition de l'art. 2111, il est indispensable de rappeler sommairement les principes qui gouvernent la séparation des patrimoines.

Cette institution, empruntée au droit romain, a pour but, on s'en souvient, de remédier au préjudice que peut causer aux créanciers d'une personne décédée la confusion résultant de l'acceptation pure et simple de sa succession par un héritier insolvable. Ainsi une succession, dont l'actif (droits de mutation et frais de réalisation déduits) s'élève à 100,000 fr. et le passif à 100,000 fr. également, est acceptée purement et simplement par un héritier qui doit 100,000 fr. et ne possède aucuns biens. Le résultat de la confusion produite par l'acceptation de l'héritier sera celui-ci : 200,000 fr. de dettes à payer sur un actif de 100,000 fr. La répartition donnera 50 °/₀ à chaque créancier. Les créanciers du défunt perdront donc 50 °/₀, alors que, leur débiteur étant mort solvable, ils devaient compter sur un paiement intégral; et les créanciers de l'héritier, qui ne devaient raisonnablement compter sur l'actif de la succession échue à leur débiteur que dettes déduites, c'est-à-dire sur zéro dans l'espèce proposée, toucheront eux aussi 50 °/₀ au détriment des créanciers de l'héritier. La séparation des patrimoines, que la loi romaine appelle avec raison *æquissimum beneficium,* fournit aux créanciers de la succession le moyen de conjurer ce résultat désastreux ; elle

leur permet de se faire payer sur les biens du défunt par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

La séparation des patrimoines engendre donc un *privilège* au profit des créanciers du défunt dans leurs rapports avec les créanciers personnels de l'héritier; le mot est écrit dans l'art. 2111, sauf à rechercher plus tard s'il est bien pris ici dans son sens ordinaire.

La séparation des patrimoines n'empêche pas l'héritier, qui a accepté purement et simplement, de demeurer obligé envers les créanciers héréditaires; ceux-ci pourront donc agir contre lui, après avoir épuisé les biens de la succession, pour se faire payer ce qui leur resterait dû. Mais, puisqu'ils ont refusé d'accepter sur les biens du défunt le concours des créanciers personnels de l'héritier, il ne serait pas juste qu'ils pussent concourir avec ceux-ci sur les biens de l'héritier. Les créanciers de l'héritier, auxquels la séparation des patrimoines est opposée, pourront donc se payer sur les biens de leur débiteur par préférence aux créanciers du défunt. Voilà ce que dit l'équité, et la loi le dit aussi implicitement, en qualifiant du nom de *séparation des patrimoines* le bénéfice qu'elle accorde aux créanciers héréditaires; car séparer les patrimoines, c'est établir deux masses distinctes de biens avec deux masses correspondantes de créanciers. Cette solution, qui est contestée, était admise dans notre ancien droit par Pothier.

La séparation des patrimoines peut être demandée par tout créancier du défunt et par tout légataire.

La demande doit être formée, non contre l'héritier, mais contre ses créanciers (1). Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce qu'elle le soit contre quelques-uns seulement.

La séparation des patrimoines peut s'appliquer à tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, composant le patrimoine du défunt, biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, sans qu'elle doive nécessairement les comprendre tous, les créanciers ayant le droit de restreindre leur demande à quelques-uns seulement.

Quant aux immeubles, la séparation des patrimoines peut être demandée, tant qu'ils sont entre les mains de l'héritier (art. 880); elle doit l'être dans le délai de trois ans en ce qui concerne les meubles.

1178. Aucune formalité n'est requise pour la conservation du droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines, en tant qu'il s'applique aux meubles de la succession. Mais il en est autrement à l'égard des immeubles. L'art. 2111 dit à ce sujet : « *Les créanciers et* » *légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, confor-* » *mément à l'article* 878 *au titre* des Successions, *conservent, à l'égard*

(1) Voyez cependant Nancy, 14 juillet 1875, Sir., 76. 2. 151.

» *des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilège* » *sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur cha-* » *cun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la suc-* » *cession. — Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut* » *être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants* » *au préjudice de ces créanciers ou légataires* ».

Ainsi, le privilège résultant de la séparation des patrimoines, privilège qui consiste en ce que les créanciers du défunt sont payés sur les biens de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, se conserve par une inscription.

Cette disposition est de droit nouveau. La loi du 11 brumaire de l'an VII n'avait soumis à aucune formalité spéciale la conservation de la séparation des patrimoines, et par conséquent sous l'empire de ladite loi ce droit de préférence demeurait occulte.

* L'inscription requise par l'art. 2111 se fait dans la forme prescrite par les art. 2148 et 2149. Il est nécessaire d'indiquer la cause en vertu de laquelle cette inscription est prise : on dira qu'elle est destinée à conserver le droit résultant de la séparation des patrimoines. L'inscription doit être spéciale, c'est-à-dire indiquer l'espèce et la situation de chacun des immeubles de la succession, sur lesquels l'inscrivant entend conserver son droit (argument tiré des mots *sur chacun de ces biens,* et de l'art. 2148-5°). Elle serait nulle, si elle était prise d'une manière générale sur tous les immeubles délaissés par le défunt dans tel arrondissement. Cass., 30 juillet 1878, Sir., 79. 1. 154. L'inscription doit être prise contre l'héritier, et non contre les créanciers, qui ne sont pas propriétaires des biens et qui d'ailleurs peuvent être inconnus. Cour de justice civile de Genève, 12 avril 1886, Sir., 87. 4. 25. Un titre sous seing privé suffit pour permettre à un créancier de prendre cette inscription.

1179. Pour conserver pleinement le droit résultant de la séparation des patrimoines, l'inscription doit être effectuée dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.

Prise dans ce délai sur chacun des immeubles de la succession, l'inscription assure aux créanciers héréditaires un droit de préférence sur tous les créanciers personnels de l'héritier, non seulement sur les créanciers chirographaires, mais aussi sur les créanciers privilégiés et sur les créanciers hypothécaires ; et, en ce qui concerne ces derniers, il n'y a aucune distinction à établir à raison de la date de leur inscription. Ainsi, quelques jours après l'ouverture de la succession, l'héritier a constitué au profit d'un de ses créanciers sur un immeuble héréditaire une hypothèque, qui a été immédiatement inscrite ; plusieurs mois après, mais alors que le délai légal n'était pas encore expiré, les créanciers de la succession ont pris sur ce même immeuble l'inscription prescrite par l'art. 2111. Ils seront préférés sur le prix de l'immeuble au créancier hypothécaire de l'héritier, quoique son inscription soit antérieure en date. Bien plus, ils seraient préférés aux créanciers de l'héritier, qui avaient, lors de l'ouverture de la succes-

sion, une hypothèque légale ou judiciaire conservée par une inscription qui a saisi immédiatement les immeubles héréditaires compris dans l'arrondissement du même bureau (art. 2148 *in fine*).

Telle est la situation des créanciers et des légataires du défunt, lorsqu'ils se sont inscrits dans les six mois. L'inscription, prise après l'expiration de ce délai, n'est pas destituée de toute efficacité ; mais elle ne donne plus rang qu'à compter de sa date (arg. art. 2113). Les créanciers qui ont pris cette inscription tardive seront donc primés par tous les créanciers hypothécaires de l'héritier, inscrits à une époque antérieure ; mais ils primeront tous ceux inscrits postérieurement : on appliquera la règle *Prior tempore potior jure.*

1180. De ce que l'art. 2111 impose aux créanciers du défunt et aux légataires, qui veulent conserver pleinement leur privilège sur les immeubles de la succession, l'obligation de le faire inscrire dans les six mois, il n'en résulte pas que la séparation des patrimoines doive nécessairement être demandée dans ce même délai relativement aux immeubles. L'art. 880 permet de la demander utilement tant qu'ils se trouvent dans les mains de l'héritier, et rien n'annonce que l'art. 2111 ait entendu innover sur ce point.

1181. Deux questions importantes restent à résoudre ; il existe entre elles un certain lien de dépendance, de sorte qu'on est bien près d'avoir la solution de la seconde, quand on a résolu la première.

1182. *Première question.* La séparation des patrimoines constitue-t-elle un véritable privilège ? Voyons d'abord quel est l'intérêt de la question. On sait que les privilèges sur les immeubles confèrent au créancier un droit de préférence et un droit de suite. Que la séparation des patrimoines produise un droit de préférence, c'est incontestable : elle permet aux créanciers du défunt de se faire payer sur les biens de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. Engendre-t-elle aussi un droit de suite ? En d'autres termes, un immeuble héréditaire ayant été aliéné par l'héritier, les créanciers du défunt, qui ont demandé la séparation des patrimoines et pris dans les six mois l'inscription requise par l'art. 2111, peuvent-ils suivre leur gage entre les mains du tiers qui le détient ? Oui, si la séparation des patrimoines est un véritable privilège ; non, si elle n'a pas ce caractère. Là est le principal intérêt de la question que nous agitons.

Nous croyons fermement que la séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège, qu'elle n'a aucun caractère hypothécaire, et qu'en conséquence elle ne confère pas le droit de suite. Voici nos raisons.

1° La tradition est en ce sens. La séparation des patrimoines, dit Pothier, « permet seulement aux créanciers de la succession, *tant que les biens sont entre les mains de l'héritier,* de se faire payer ce qui leur est dû, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier ». Que le législateur ait voulu s'en tenir aux précédents, ce n'est guère douteux. Portalis a dit au conseil d'Etat : « La loi ayant maintenu la séparation des patrimoines telle qu'elle était dans l'ancien droit, il était inutile d'en développer les règles ». Et d'ailleurs, sur le point particulier qui nous occupe, il y a un texte formel, c'est l'art. 880 al. 2 : « A l'égard des immeubles, l'action peut » être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier » : ce qui implique que le droit des créanciers héréditaires est perdu, lorsque les biens sont sortis des mains

de l'héritier ; le droit de suite leur est donc refusé. — On ne paraît pas contester dans l'opinion adverse que telle ait été la pensée du législateur au moment où il rédigeait les articles qu'il a consacrés à cette matière au titre *Des successions*. Mais on prétend qu'il a changé tout cela au titre *Des privilèges et hypothèques :* là il aurait fait de la séparation des patrimoines un véritable privilège, entraînant, en tant qu'il s'applique aux immeubles, non seulement le droit de préférence, mais aussi le droit de suite. Et d'où résulterait cette innovation si considérable? Du seul mot *privilège,* égaré dans l'art. 2111, sans que d'ailleurs les travaux préparatoires de la loi viennent confirmer en rien cette induction téméraire. Il est facile de faire justice du mot, et par suite de l'argument, puisqu'il est fondé tout entier sur le mot. Nos anciens auteurs employaient déjà le mot *privilège* pour qualifier le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines, bien qu'ils fussent d'accord pour reconnaître qu'il n'était accompagné d'aucun droit de suite. Après avoir consacré leur théorie au titre *Des successions,* il est tout simple que notre législateur ait parlé leur langage au titre *Des privilèges et hypothèques*. En un mot, pour la forme comme pour le fond, c'est l'ancienne doctrine que notre législateur s'est appropriée, sauf un perfectionnement que réclamait le besoin de la publicité et qu'il a réalisé dans l'art. 2111.

2° Si le législateur avait voulu, comme on le prétend, ériger la séparation des patrimoines en un véritable privilège, il serait au moins singulier qu'il ne l'eût pas fait figurer dans l'énumération qu'il donne des divers privilèges soit sur les meubles, soit sur les immeubles, ainsi que le demandait le tribunal de cassation.

3° Enfin, et ceci nous paraît décisif, l'art. 2111, qui contient le mot *privilège* et dont on infère que la séparation des patrimoines engendre le droit de suite, est placé dans une section consacrée exclusivement au droit de *préférence,* ainsi que nous l'avons déjà noté; il n'est plus question de la séparation des patrimoines dans le chapitre où le législateur traite du droit de suite (art. 2166 et suivants).

Après cela, nous sommes assez peu touché de l'argument que nos adversaires ont tiré de l'art. 2113. Il résulte de ce texte, dit-on, que le privilège engendré par la séparation des patrimoines, s'il n'a pas été conservé par une inscription prise dans les six mois, dégénère en une hypothèque légale ne prenant plus rang qu'à compter de la date de son inscription (argument tiré des mots *ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires*). C'est donc que la séparation des patrimoines a le caractère hypothécaire, et en conséquence elle doit engendrer le droit de suite, comme toute hypothèque. — A notre avis, cet argument n'est qu'une seconde édition de celui tiré du mot *privilège*. L'expression *hypothécaires* doit être entendue ici par relation au mot *privilège* écrit dans l'art. 2111; d'autant plus que l'art. 2113, visant à la fois plusieurs hypothèses, a pu employer une formule qui ne convenait pas également bien à toutes. Appliqué à la séparation des patrimoines, l'art. 2113 signifie tout simplement que l'inscription prise après les six mois ne rétroagira plus, que par conséquent les créanciers ou les légataires qui l'auront prise seront primés par les créanciers inscrits avant eux du chef de l'héritier. En un mot, on appliquera aux créanciers ou aux légataires qui ne se sont inscrits qu'après les six mois, dans leurs rapports avec les créanciers inscrits du chef de l'héritier, la règle *Prior tempore, potior jure.*

Disons en terminant que le mot *privilège,* qui à lui seul a suscité tout ce débat, a disparu, dans la loi belge du 16 décembre 1851, de l'article correspondant à notre art. 2111; par conséquent le législateur belge a consacré la solution que nous venons d'enseigner. C'est elle qui paraît triompher dans la doctrine; elle peut en outre revendiquer en sa faveur une décision judiciaire assez récente (tribunal d'Aix, 18 mars 1873, Sir., 74. 2. 25); mais les monuments antérieurs de la jurisprudence appartiennent presque tous à l'opinion adverse, notamment un arrêt de la cour

de cassation du 27 juillet 1870 (Sir., 72. 1. 153) et plusieurs arrêts antérieurs de cours d'appel.

La séparation des patrimoines ne conférant pas le droit de suite, même quand l'inscription prescrite par l'art. 2111 a été prise, il en résulte que l'héritier peut valablement, sauf le cas de fraude, aliéner les immeubles de la succession, et l'acquéreur qui a payé son prix ne peut pas être inquiété. Si le prix est encore dû, les créanciers du défunt et les légataires peuvent le saisir-arrêter entre les mains de l'acheteur et se le faire attribuer par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, en vertu de la règle *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei.* Cette faculté tempère pour eux dans une assez large mesure les dangers, que notre solution leur fait courir en les obligeant à respecter les aliénations consenties par l'héritier.

1183. *Deuxième question.* Le droit résultant de la séparation des patrimoines est-il indivisible?

Pour bien faire comprendre la question, ce qui est indispensable avant de chercher à la résoudre, nous proposerons l'hypothèse suivante. Une succession, comprenant deux immeubles, l'immeuble A et l'immeuble B, échoit à deux héritiers, *Primus* et *Secundus,* qui l'acceptent purement et simplement; le partage attribue l'immeuble A à *Primus* et l'immeuble B à *Secundus;* un créancier de la succession, auquel il est dû 10,000 fr., demande contre les créanciers des deux héritiers la séparation des patrimoines, et prend l'inscription requise par l'art. 2111. Pourra-t-il, en vertu de son privilège, demander le paiement intégral des 10,000 fr. qui lui sont dus soit à *Primus* détenteur de l'immeuble A, soit à *Secundus* détenteur de l'immeuble B, comme il le pourrait incontestablement, en vertu du principe de l'indivisibilité consacré par l'art. 2114, s'il avait une hypothèque sur chacun de ces immeubles? Ou bien ne pourra-t-il agir contre chaque héritier sur l'immeuble qu'il détient que dans la mesure de sa part héréditaire, soit pour 5,000 fr. dans l'espèce proposée? La solution, que nous avons donnée à la question précédente, fait pressentir celle que va recevoir celle-ci. Nous répondons que le créancier devra diviser son action. En effet nous venons de démontrer que la séparation des patrimoines n'a pas le caractère hypothécaire; elle ne procure donc pas le bénéfice de l'indivisibilité, qui est un apanage de l'hypothèque.

Il y a bien d'autres arguments à l'appui de cette solution.

Nous voyons tout d'abord qu'aux termes de l'art. 1220 les dettes du défunt se divisent de plein droit entre ses héritiers : dans notre espèce, chaque héritier ne doit personnellement et n'a jamais dû que 5,000 fr.; comment donc pourrait-il être poursuivi pour 10,000 fr.? Ce résultat semblerait difficile à accepter, même en reconnaissant à la séparation des patrimoines le caractère hypothécaire : on pourrait fort bien dire que le privilège qu'elle engendre ne prend naissance contre chaque héritier que dans la mesure de ce qu'il doit; il serait singulier en effet que la loi eût, d'une part déclaré chaque héritier débiteur pour une portion seulement des dettes du défunt, et d'autre part grevé les biens mis dans son lot d'un privilège pour le tout. A plus forte raison, cette solution doit-elle être admise par ceux qui refusent de reconnaître à la séparation des patrimoines le caractère hypothécaire.

Il est vrai que l'hypothèque légale du légataire est indivisible (art. 1017), et on a prétendu qu'il devait en être de même *a fortiori* du privilège de séparation des patrimoines, qui a surtout été établi en faveur des créanciers. Mais c'est assez que ce résultat, contraire aux principes, se produise dans l'hypothèse de l'art. 1017, qui s'explique formellement sur ce point, sans étendre la même solution à un cas où les termes de la loi ne commandent pas de l'admettre.

Au surplus, il n'y a nulle contradiction à accorder aux légataires une hypothèque légale indivisible et à ne reconnaître aux créanciers qu'un droit de séparation des

patrimoines divisible, pas plus qu'il n'y a contradiction à refuser aux créanciers l'hypothèque légale qui est accordée aux légataires. La loi a garanti très fortement la créance des légataires, parce qu'elle a quelque chose de sacré, prenant sa source dans la dernière volonté d'un homme décédé. Il fallait aussi compter avec la résistance que les héritiers apportent trop souvent à l'exécution des dispositions testamentaires, et donner au légataire les moyens d'en triompher. La loi a d'autant moins hésité à les lui procurer que le légataire, n'ayant pas contracté avec le défunt, n'a pu pourvoir par lui-même à sa propre sûreté, tandis que les créanciers ont pu facilement stipuler des garanties au moment où leur créance a pris naissance.

Enfin, la solution que nous venons de développer était admise dans notre ancien droit. Il est même remarquable que l'hypothèque légale du légataire y fût déclarée indivisible, précisément parce que la séparation des patrimoines ne l'était pas : autrement, disait-on, l'hypothèque légale n'ajouterait rien à la séparation des patrimoines.

1184. Effets de la séparation des patrimoines. — Nous les avons indiqués dans notre tome II, n. n. 317 et s. Le but unique de cette institution, avons-nous dit, est de permettre aux créanciers et aux légataires de se faire payer sur les biens de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. Mais la séparation des patrimoines n'apporte aucun changement à la situation respective des créanciers du défunt entre eux ou dans leurs rapports avec les légataires.

Ajoutons ici que les créanciers du défunt n'ont pas besoin de demander la séparation des patrimoines ni de prendre l'inscription de l'art. 2111 pour conserver, soit entre eux, soit à l'égard des légataires, soit à l'égard des créanciers personnels de l'héritier, les droits de préférence (privilèges ou hypothèques), par eux légitimement acquis avant l'ouverture de la succession et pour la conservation desquels ils se sont conformés aux prescriptions de la loi.

Différences entre la séparation des patrimoines et l'hypothèque légale de l'art. 1017.

1185. Nous savons que le légataire, outre le droit qui lui appartient, comme aux créanciers du défunt, de demander la séparation des patrimoines, a une hypothèque légale sur tous les immeubles de la succession. Il existe entre ces deux droits des différences nombreuses; nous allons indiquer les principales.

1° La séparation des patrimoines tire son origine de l'édit du préteur; l'hypothèque légale du légataire, d'une constitution de Justinien (l. 1, C., *Comm. de leg. et fid.*,

2° La séparation des patrimoines peut s'exercer sur les meubles et sur les immeubles ; l'hypothèque légale de l'art. 1017, sur les immeubles seulement.

3° La séparation des patrimoines ne confère aucun droit de suite. Il en est autrement de l'hypothèque légale du légataire, en supposant qu'elle ait été inscrite en temps utile, c'est-à-dire avant la transcription de l'aliénation consentie par l'héritier. L'hypothèque légale pourra donc être utile au légataire, alors que la séparation des patrimoines ne le serait plus.

4° Le droit résultant de la séparation des patrimoines est divisible ; au contraire l'hypothèque légale du légataire est indivisible.

* Tout en reconnaissant que cette dernière proposition résulte formellement de l'art. 1017, nous avons critiqué sur ce point sa disposition (t. II n. 612). En droit romain, l'hypothèque du légataire était divisible : la loi 1, C., *Comm. de leg. et*

fideic., le dit formellement (1). Dans notre ancien droit, quelques auteurs, notamment Renusson et Furgole, la considéraient comme indivisible. Suivant eux, l'action hypothécaire du légataire était pleine et non tronquée; « autrement, disaient-ils, l'hypothèque légale n'ajouterait rien au bénéfice de la séparation des patrimoines ». C'était fort inexact sans doute; mais enfin cette mauvaise raison fit admettre le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque légale du légataire dans notre ancienne jurisprudence, et le législateur de 1804, un peu inconsidérément croyons-nous, est resté fidèle à cette tradition.

5° L'hypothèque légale de l'art. 1017 ne prend rang qu'à dater de son inscription; le légataire qui l'invoque pourra donc se trouver primé par des créanciers hypothécaires de l'héritier inscrits avant lui. Au contraire, le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines est conservé dans toute sa plénitude par une inscription prise dans les six mois de l'ouverture de la succession : ce qui permet de l'opposer même à des créanciers hypothécaires de l'héritier dont l'inscription est antérieure en date. La séparation des patrimoines pourra donc être utile au légataire, alors que son hypothèque légale ne lui serait d'aucun secours. Ainsi, un mois après l'ouverture de la succession, l'héritier consent sur un immeuble héréditaire une hypothèque qui est immédiatement inscrite. L'inscription, que le légataire fera postérieurement de son hypothèque, ne lui permettra pas de primer ce créancier, qui ne manquerait pas d'invoquer la règle *Prior tempore potior jure;* mais le légataire pourra le primer en demandant la séparation des patrimoines, s'il a eu soin de prendre dans les six mois l'inscription requise par l'art. 2111.

6° La séparation des patrimoines se perd par l'acceptation de l'héritier pour débiteur (art. 879). Il en est autrement, d'après l'opinion générale, de l'hypothèque légale du légataire.

§ II. *Conciliation des articles* 2096 *et* 2106.

1186. Nous avons réservé pour la fin, dans le but de la mieux faire comprendre, une question que les auteurs traitent en général au commencement de la section : celle de savoir s'il est possible de concilier l'art. 2106 avec l'art. 2096. Au premier abord, l'antinomie paraît flagrante. L'art. 2096, qui reproduit l'ancienne règle *Privilegia non ex tempore æstimantur sed ex causa,* nous présente la question de rang entre les créanciers privilégiés comme indépendante de la question de date : « Entre les créanciers privilégiés », dit la loi, « la préférence se règle par les » différentes *qualités* des privilèges ». Puis voilà que l'art. 2106 semble renverser cette règle, au moins en ce qui concerne les privilèges sur les immeubles, en établissant comme principe que ces privilèges ne prennent rang que par leur inscription et à compter de la date de l'inscription. « *Entre les créanciers* », dit l'art. 2106, « *les* » *privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont ren-* » *dus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de* » *la manière déterminée par la loi, et à compter de la date de cette inscription,* » *sous les seules exceptions qui suivent* ».

Voilà quatre-vingt-cinq ans qu'on oppose ces deux textes l'un à l'autre; il a été beaucoup écrit sur la matière, et la question n'en est pas devenue plus claire. Nous allons indiquer les principales conciliations qui ont été données par les auteurs; puis nous ferons connaître celle que nous proposons.

Remarquons d'ailleurs dès le début que cette controverse a surtout un intérêt

(1) Il en était du moins ainsi jusqu'au partage; et si, cette opération une fois accomplie, chaque héritier pouvait être poursuivi pour le tout sur les objets mis dans son lot, cela tenait au caractère translatif du partage, en vertu duquel chaque héritier ne recevait les objets mis dans son lot que sous l'affectation des charges dont ils étaient grevés du chef de ses cohéritiers dont il acquérait les droits.

théorique; car, au point de vue pratique, les résultats varieront peu, quelle que soit la solution qu'on adopte.

1187. I. D'après une première opinion, qui paraît rallier dans la doctrine la majorité des suffrages, l'art. 2106 subordonnerait à la condition d'une inscription, non par le *rang* du privilège, mais seulement son *effet,* son efficacité. En d'autres termes, l'article voudrait dire que le créancier, ayant privilège sur un immeuble, ne peut pas s'en prévaloir à l'égard des autres créanciers, tant qu'il ne l'a pas fait inscrire; mais, l'inscription une fois prise, le créancier pourrait venir exercer son privilège au rang que lui assigne la qualité de sa créance, sans qu'il y eût lieu d'avoir égard pour déterminer ce rang à la date de l'inscription. Telle serait la règle formulée par l'art. 2106, règle à laquelle les articles suivants apportent des exceptions. M. Thézard, doyen de la Faculté de droit de Poitiers, a exposé ce système avec une netteté et une précision remarquables au n. 305 de son traité spécial sur les *Privilèges et Hypothèques.* Nous laissons la parole à cet auteur : « L'art. 2106 n'a point cette portée absolue de régler le rang de l'inscription : autrement il serait en opposition avec l'art. 2095, d'après lequel le créancier privilégié doit être préféré aux créanciers mêmes hypothécaires, et avec l'art. 2096, d'après lequel, entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par la qualité des créances et non par la date des inscriptions. Bien que le caractère de ces règles, qui opposent le privilège à l'hypothèque, soit trop exclusif, elles n'en sont pas moins admises par le code. D'ailleurs, si on se reporte à l'origine de l'art. 2106, on voit qu'il n'a point pour but de régler le rang par l'inscription. L'art. 2 de la loi du 11 brumaire an VII disait que l'*hypothèque ne prend rang et les privilèges sur les immeubles n'ont d'effet que par leur inscription,* marquant ainsi l'antithèse entre les deux droits, tout en indiquant la condition commune de l'inscription. Cette disposition, en passant dans le code, s'est dédoublée : pour l'hypothèque, l'art. 2134 a décidé qu'elle *n'a de rang* que du jour de l'inscription; pour le privilège, l'art. 2106 a disposé qu'il *n'a d'effet* que par l'inscription et à compter de cette inscription, mais sans statuer ici sur le rang; ce dernier texte exprime donc simplement l'idée que l'inscription est la condition nécessaire de l'exercice du privilège; on peut dire littéralement que l'effet ne se produit qu'*à compter de l'inscription,* mais que cet effet, comme celui de la condition qui, elle aussi, fait naître le droit, est un effet rétroactif. Un texte, qui a ainsi besoin d'interprétation, est loin d'être irréprochable; mais il suffit que l'interprétation soit démontrée exacte, et qu'elle soit nécessaire ».

La distinction entre l'*effet* du privilège et son *rang,* qui fait la base de ce système, nous paraît d'une grande subtilité; car l'effet du privilège, en tant qu'il s'agit du droit de préférence, consiste précisément pour le créancier à pouvoir se faire payer à un certain rang sur le prix de l'immeuble.

* **1188.** II. D'après un second système, l'art. 2106 signifierait que les privilèges ne conservent le rang, qui leur est assigné à raison de la faveur de la créance à laquelle ils sont attachés, qu'autant qu'ils sont rendus publics avant la naissance de la créance ou tout au moins au moment même où elle prend naissance. Ce principe, dit-on, reçoit une application remarquable en ce qui concerne le privilège des architectes, qui ne conserve toute son efficacité que par une inscription prise avant le commencement des travaux, et une autre relativement au privilège du vendeur, qui ne prend naissance qu'au moment où la transcription rend l'acheteur propriétaire à l'égard des tiers et est précisément rendu public par cette transcription elle-même. — Deux exceptions au principe sont déposées dans les art. 2109 et 2111. Le premier permet au copartageant de conserver son privilège par une inscription prise dans les soixante jours du partage; le second donne six mois aux créanciers et aux légataires pour inscrire le privilège résultant de la séparation des patrimoines. Les pri-

vilèges qui ne sont pas inscrits dans les conditions de temps déterminées par la loi, dégénèrent en hypothèques, et ne prennent plus rang par suite qu'à dater de leur inscription.

Ce que nous reprochons principalement à cette explication, c'est de ne rien expliquer du tout, en ce sens qu'elle ne met pas la pensée qu'elle prête à la loi d'accord avec son texte. Qu'on compare la formule du système avec la lettre de l'art. 2106, et qu'on cherche où est la ressemblance! En somme, ce système revient à affirmer que la loi a dit en réalité autre chose que ce qu'elle a voulu dire.

*** 1189.** III. Voici enfin l'explicationq ue nous proposons. Elle respecte absolument le texte de la loi, et ne diffère guère des deux opinions précédentes quant au résultat.

L'art. 2106 formule une double règle : 1° Entre les créanciers, les privilèges portant sur des immeubles ne produisent d'effet qu'autant qu'ils sont rendus publics par une inscription ; 2° Ces mêmes privilèges ne prennent rang qu'à compter de la date de leur inscription. Chacune de ces règles comporte des exceptions, ainsi que l'annonce la partie finale de l'art. 2106.

Reprenons successivement les deux règles, et voyons les exceptions que la loi y apporte.

Première règle. *Entre les créanciers, les privilèges sur les immeubles ne produisent d'effet qu'autant qu'ils sont rendus publics par une inscription.*

A cette règle nous trouvons deux exceptions.

a. — La première est écrite dans l'art. 2107. Elle est relative aux privilèges généraux de l'art. 2101 : ils sont dispensés d'inscription. Nous en avons indiqué plus haut les motifs.

b. — La deuxième exception, relative au privilège du vendeur, est consacrée par l'art. 2108. Ce privilège se conserve, non par une inscription, mais par la transcription de l'acte de vente ; et, comme tout est de rigueur en matière de privilège, nous en concluons, contrairement à l'opinion de tous les auteurs, que, sous l'empire du code civil, la transcription requise par l'art. 2108 ne pouvait pas être suppléée, au point de vue de la conservation du privilège, par une inscription. A cet égard, l'art. 2108 a été modifié par l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui paraît bien considérer, au point de vue de la conservation du privilège du vendeur, l'inscription comme équivalant à la transcription de l'acte de vente.

Deuxième règle. *Les privilèges sur les immeubles ne prennent rang qu'à compter de la date de leur inscription.*

Cette seconde règle reçoit trois exceptions.

Première exception. Le rang du privilège des copartageants sera déterminé d'après la qualité de la créance, et non par la date de l'inscription, si elle a été prise dans le délai de soixante jours à compter du partage ou de l'adjudication sur licitation. La règle ne s'appliquera donc que lorsque l'inscription aura été prise après l'expiration du délai de soixante jours ; alors seulement le privilège ne prendra rang qu'à compter de la date de l'inscription.

Deuxième exception. Elle concerne le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers. Si ce privilège est inscrit avant le commencement des travaux (et l'inscription résulte ici de la transcription du premier des deux procès-verbaux exigés par l'art. 2103-4°), le privilège est conservé dans toute sa plénitude : il sera donc classé d'après la faveur de la créance, indépendamment de la date de l'inscription. La règle, qui détermine le rang du privilège d'après la date de l'inscription, ne s'appliquera donc que lorsque le premier procès-verbal aura été inscrit au cours des travaux ou après leur achèvement.

Troisième exception, relative au privilège de séparation des patrimoines. Inscrit dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession, ce privilège prendra rang sans égard à la date de son inscription ; par suite, les créanciers de la succes-

sion primeront, sur les immeubles atteints par leur inscription, tous les créanciers de l'héritier, même ceux qui auraient des hypothèques inscrites à une date antérieure. La règle ne s'appliquera donc qu'autant que le privilège aura été inscrit après les six mois ; alors la date de l'inscription déterminera son rang.

Notre seconde règle et les exceptions qu'elle comporte sont reproduites sous une autre forme par l'art. 2113, ainsi conçu : « *Toutes créances privilégiées soumises à la » formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites » pour conserver le privilège n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être » hypothécaires ; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des » inscriptions qui auront dû être faites ainsi qu'il sera ci-après expliqué* ». Cet article paraphrasé signifie : Tout privilège soumis à la formalité de l'inscription sera conservé dans toute sa plénitude, si cette formalité a été remplie dans le délai fixé par la loi ; à défaut de quoi, le privilège dégénèrera en une hypothèque ne prenant plus rang qu'à dater de son inscription.

La loi dit : « Toutes créances privilégiées *soumises à la formalité de l'inscrip- » tion...* ». Par conséquent la disposition est inapplicable au privilège du vendeur d'un immeuble, qui est soumis, non pas à la formalité de l'inscription, mais à celle de la transcription (art. 2108).

Résumons-nous. L'art. 2106 contient deux règles.

La première, d'après laquelle les privilèges sur les immeubles se conservent par une inscription, reçoit deux exceptions : l'une relative aux privilèges de l'art. 2101, dont la conservation, même en tant qu'ils portent sur les immeubles, n'est assujettie à aucune formalité particulière ; l'autre concernant le privilège du vendeur, qui se conserve par la transcription de l'acte de vente, et non par une inscription.

La deuxième règle, applicable seulement aux privilèges qui, n'étant pas exceptés de la règle précédente, demeurent soumis à la formalité de l'inscription, fait dépendre le rang du privilège de la date de son inscription. Elle reçoit une exception partielle pour chacun des privilèges auxquels elle demeure applicable : privilège des copartageants, privilège des constructeurs, privilège de séparation des patrimoines. L'exception d'ailleurs est de la même nature pour les trois cas : elle consiste en ce que le privilège prendra rang d'après la qualité de la créance, et non d'après la date de son inscription, toutes les fois que l'inscription aura été prise dans les conditions de temps que la loi détermine.

* **1190.** Si on a bien saisi les explications dans lesquelles nous venons d'entrer, on va comprendre facilement qu'il n'y a nulle opposition entre l'art. 2096 et l'art. 2106; ou du moins l'opposition n'existe que dans les mots, mais non dans les idées, c'est-à-dire qu'elle est apparente et non réelle.

Que dit l'art. 2096? Il pose en principe que le rang des privilèges se détermine par la qualité de la créance à laquelle ils sont attachés. Mais, bien entendu, en établissant cette règle, le législateur ne s'interdit pas le droit, d'une part d'y faire certaines exceptions, et d'autre part de soumettre la conservation du privilège à l'accomplissement de certaines formalités.

Or le législateur n'a pas fait autre chose en réalité dans les art. 2106 à 2113.

Il commence par disposer dans l'art. 2106 que les privilèges sur les immeubles se conservent par une inscription. Jusqu'ici rien de contradictoire avec la disposition de l'art. 2096. Après avoir dit à un créancier : « Je vous donne, à raison de la qualité de votre créance, un privilège auquel j'assigne le premier rang », le législateur a bien le droit de dire en outre : « Mais je subordonne la concession de cette faveur à l'accomplissement d'une formalité que réclame le besoin de la publicité des privilèges, la prise d'une inscription ».

L'art. 2106 ajoute, et c'est là que semble apparaître la contradiction, que le privilège ne prendra rang qu'à compter de l'inscription. L'opposition est formelle, dit-on :

d'après l'art. 2096 c'est la qualité du privilège qui détermine son rang, tandis que d'après l'art. 2106 c'est la date de l'inscription. L'art. 2106 renverse donc la règle *Privilegia non ex tempore æstimantur sed ex causa,* qu'a consacrée l'art. 2096, et la remplace par une règle toute différente, la règle *Prior tempore potior jure.*

Sans trop nous préoccuper des mots, allons au fond des choses. L'art. 2106 applique aux privilèges sur les immeubles, du moins à ceux qui demeurent soumis à la formalité de l'inscription, la règle *Prior tempore potior jure,* soit. Mais il annonce que la règle comporte des exceptions ; or, si nous passons à l'examen des exceptions, nous voyons qu'en fait elles étouffent la règle, et que c'est l'exception qui nous apparaît comme étant vraiment la règle. Quels sont en effet les privilèges qui demeurent soumis à la formalité de l'inscription et auxquels s'applique la deuxième règle posée par l'art. 2106? Ce sont les privilèges du copartageant, des constructeurs et des créanciers qui demandent la séparation des patrimoines. Or il résulte des art. 2109, 2110 et 2111 que, si ces privilèges sont inscrits dans les conditions de temps déterminées par la loi, on ne leur applique plus la règle *Prior tempore potior jure :* le privilège inscrit en temps utile est conservé dans toute sa plénitude; son rang devient indépendant de la date de l'inscription, il est fixé par la qualité de la créance. C'est seulement quand le créancier a été négligent, quand il s'est inscrit tardivement, que le rang de son privilège est déterminé par la date de son inscription. On peut affirmer que le créancier ne manquera guère dans la pratique de remplir en son temps une formalité qui est pour lui de telle importance; la règle sera donc que le rang de son privilège sera fixé par la qualité de la créance, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il sera déterminé par la date de l'inscription.

Voilà le fond des idées. et il importe assez peu à notre avis que le législateur, renversant peut-être la formule que semblait commander la nature des choses, nous ait présenté comme règle ce qui est en réalité l'exception, et réciproquement. Nul assurément n'aurait trouvé la disposition de l'art. 2106 contradictoire avec celle de l'art. 2096, si, au lieu de s'exprimer comme il l'a fait, l'art. 2106 avait dit : « Les privilèges sur les immeubles sont soumis à la formalité de l'inscription ; pour conserver au privilège le rang que lui assigne sa qualité, cette inscription doit être prise dans les conditions de temps déterminées par la loi; autrement le privilège dégénèrera en une hypothèque ne prenant plus rang qu'à dater de son inscription ». Cette formule, comme celle de l'art. 2106, aurait toujours laissé voir que la règle est que le privilège prend rang d'après la qualité de la créance, que c'est par exception seulement que son rang sera déterminé par l'inscription. Eh bien! c'est ce qu'il dit au fond ; qu'importe que dans la forme il paraisse dire le contraire?

En somme, il y avait deux manières d'exprimer ce qu'a voulu dire le législateur.

La première, qui nous paraît la plus correcte, consistait à dire que le rang du privilège est déterminé par la qualité de la créance, qu'exceptionnellement il est réglé par la date de l'inscription lorsque le créancier s'est inscrit tardivement.

La deuxième consistait à dire que le privilège, en principe, prend rang à compter de son inscription, mais qu'exceptionnellement son rang est déterminé par la qualité de la créance lorsque le créancier s'est inscrit dans les conditions de temps déterminées par la loi.

La première formule est celle de l'art. 2096.

La seconde est celle des art. 2106 et suivants.

Ce qu'on peut reprocher surtout au législateur, à notre avis, c'est d'avoir employé à la fois l'une et l'autre formule; car autrement il nous serait assez indifférent qu'il eût adopté l'une ou l'autre, vu qu'il y a des cas, et celui-là nous paraît être du nombre, où il est assez difficile, au point de vue logique, de dire de quel côté est la règle et de quel côté l'exception. Nous allons essayer de le démontrer à l'aide d'un exemple par lequel nous terminerons cette trop longue discussion.

Il circule entre Paris et Bordeaux un train express contenant des voitures de première et de seconde classe; mais les voyageurs ne sont admis en seconde classe qu'autant qu'ils font un parcours de 200 kilomètres au moins. On peut concevoir que l'avis qui prévient les voyageurs de cette particularité soit rédigé dans l'une ou l'autre des deux formes suivantes.

Première formule. Toute personne partant par ce train peut voyager en seconde classe, excepté ceux faisant un parcours de moins de 200 kilomètres, qui devront prendre un billet de première classe.

Deuxième formule. Tout voyageur partant par ce train doit prendre un billet de première classe, excepté ceux faisant un parcours de 200 kilomètres au moins, qui seront admis à voyager en seconde classe.

D'après la première formule, la règle paraît être qu'on peut voyager en seconde classe, l'exception qu'on doit voyager en première. C'est le contraire d'après la deuxième formule. Pourrait-on accuser la compagnie de contradiction, parce qu'elle aurait fait afficher le premier avis à la gare de Paris et le second à la gare de Bordeaux?

Appendice. Des droits du cessionnaire d'une créance privilégiée.

1191. Aux termes de l'art. 2112 : « *Les cessionnaires de ces diverses* » *créances privilégiées exercent tous, les mêmes droits que les cédants, en* » *leur lieu et place* ». Ainsi je vous cède la créance, qui m'appartient en qualité de copartageant pour le paiement de ma part dans le prix de la licitation d'un immeuble ; incontestablement mon privilège de copartageant vous sera transmis avec la créance dont il est l'accessoire.

L'art. 2112 paraît, au premier abord, n'être qu'une répétition inutile de l'art. 1692, aux termes duquel : « La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires » de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque ». On a cependant remarqué avec raison que l'art. 2112 est rédigé en termes plus généraux que l'art. 1692 et qu'il lève ainsi certains doutes que ce dernier permettrait de concevoir. Le vendeur d'un immeuble cède sa créance du prix. Incontestablement le cessionnaire sera investi du privilège attaché à la créance. Nul ne doute non plus qu'il ne puisse se prévaloir, au lieu et place du cédant, du cautionnement ou de l'hypothèque stipulée par le vendeur : l'art. 1692 le dit, aussi bien que l'art. 2112. Mais le cessionnaire pourra-t-il également exercer le droit de résolution qui appartenait au vendeur (art. 1654)? La négative a été soutenue, sur ce fondement que le droit de résolution n'est pas un accessoire de la créance du vendeur, destiné qu'il est, non pas à procurer au vendeur son paiement, mais à le faire rentrer dans la possession de l'immeuble. Cette manière de voir est en tout cas fort contestable; car il est certain que le droit de résolution n'est accordé au vendeur que pour garantir d'une manière plus énergique les droits qui lui appartiennent en cette qualité : ce qui paraît bien en faire un accessoire de sa créance. En somme, la résolution permet au vendeur de se payer en nature, quand il ne peut se faire payer en argent. Mais, en admettant même que le droit de résolution ne soit pas un accessoire de la créance du vendeur et qu'il ne soit pas transmis au cessionnaire en vertu de l'art. 1692, il le serait toujours bien d'après l'art. 2112.

Il peut arriver qu'une créance ne soit cédée que partiellement ; en pareil cas, les accessoires de la créance se répartiront entre le cédant et le cessionnaire proportionnellement au droit de chacun, sauf convention contraire.

Nous savons que, si, au lieu de céder sa créance pour partie, un créancier privilégié a reçu un paiement partiel d'un tiers qu'il a subrogé dans ses droits, le subro-

geant est préféré au subrogé pour le paiement de ce qui lui reste dû. Cette différence, assez difficile à justifier d'ailleurs, entre la subrogation et la cession de créance résulte de l'art. 1252.

CHAPITRE III

DES HYPOTHÈQUES

§ I. *Définition et caractères de l'hypothèque.*

1192. L'hypothèque est une sûreté *réelle*. La loi nous en donne une notion assez incomplète dans l'art. 2114, ainsi conçu : « *L'hypothèque » est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obli- » gation. — Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur » tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces » immeubles. — Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent* ».

Ce texte omet de signaler un des traits caractéristiques de l'hypothèque : le droit qui appartient au créancier hypothécaire de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur le prix de l'immeuble hypothéqué, qu'il peut d'ailleurs saisir et faire vendre comme tout autre créancier. En comblant cette lacune, on peut dire que l'hypothèque présente les caractères suivants : 1° elle est un droit réel sur un immeuble ; 2° elle engendre au profit du créancier un droit de préférence ; 3° et en outre un droit de suite ; 4° elle est de sa nature indivisible ; 5° elle constitue un droit accessoire.

Examinons successivement ces divers caractères.

1193. 1. *L'hypothèque est un droit réel sur un immeuble.* C'est un droit dans la chose, comme dit Pothier, un *jus in re :* c'est ce qui explique que la loi accorde au créancier hypothécaire le droit de suite, qui est en général l'apanage du droit réel.

De ce principe que l'hypothèque est un droit *réel,* on tire généralement cette conséquence qu'elle est un démembrement de la propriété. En effet la propriété est, comme on l'a fort bien dit, le faisceau de tous les droits réels ; donc, quand un droit réel existe sur une chose au profit d'un tiers, le faisceau se disloque, la propriété est démembrée, tous les droits réels n'étant plus concentrés sur la tête du propriétaire. D'ailleurs, l'hypothèque porte une atteinte grave aux pouvoirs du propriétaire, qui ne pourra plus exercer son droit d'*abusus* qu'avec d'importantes restrictions. C'est ainsi que, d'une part, il n'a plus le droit de détruire l'immeuble hypothéqué ni même d'exercer des actes de jouissance abusive, par exemple de couper une futaie non aménagée, au préjudice du créancier hypothécaire; celui-ci peut s'y opposer par toutes les voies de droit, et, s'il n'y réussit pas, demander son paiement immédiat, à moins qu'il ne préfère se contenter d'autres sûretés que le débiteur lui offre pour remplacer celles qu'il a détruites. D'autre part, le droit d'aliénation du propriétaire se trouve gêné par suite de la faculté de surenchérir qui appartient au créancier hypothécaire. Comment dire que la propriété n'est pas démembrée, quand elle est chargée de pareilles entraves?

1194. 2. *L'hypothèque engendre un droit de préférence.* Ce droit de

préférence porte sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Pour parvenir à l'exercer, le créancier hypothécaire est autorisé, comme d'ailleurs tout autre créancier, à saisir l'immeuble hypothéqué et à le faire vendre aux enchères. L'exercice du droit de préférence est subordonné à l'inscription de l'hypothèque (art. 2134), sauf les exceptions admises par la loi. L'inscription détermine en principe le rang du créancier hypothécaire, *prior tempore, potior jure :* il prime les créanciers hypothécaires inscrits après lui et les créanciers chirographaires; mais il est primé par les créanciers hypothécaires dont l'inscripion est antérieure à la sienne, et aussi par les créanciers ayant privilège sur l'immeuble. Le droit de préférence résultant de l'hypothèque n'est donc pas absolu.

1195. 3. *L'hypothèque engendre un droit de suite.* Le droit de suite est un auxiliaire du droit de préférence : il permet au créancier hypothécaire de suivre son gage entre les mains du détenteur quel qu'il soit (art. 2166), et d'exiger de lui le paiement intégral de la dette (art. 2168); faute de quoi, le créancier est autorisé à faire vendre l'immeuble aux enchères pour exercer son droit de préférence sur le prix (art. 2169). L'exercice du droit de suite, comme celui du droit de préférence, est subordonné à la condition que l'hypothèque soit inscrite en temps utile.

1196. 4. *L'hypothèque est de sa nature indivisible.* « Hypothèque ne » se divise point », dit Loysel. A son tour, Dumoulin a donné au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque une formule qui est demeurée célèbre et dont il est facile de reconnaître la traduction dans l'art. 2114 : *Est tota in toto et tota in qualibet parte.*

Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque engendre les conséquences suivantes.

a. — Si plusieurs immeubles sont hypothéqués à une même dette, chacun répond de la dette pour le total. Le créancier peut donc s'attaquer à celui de ces immeubles qu'il lui plaît de choisir, et, à défaut d'un paiement intégral par le détenteur, faire vendre cet immeuble aux enchères et se faire payer sur le prix du montant intégral de sa créance par préférence aux autres créanciers. « *Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire* » (l. 8, D., *De distractione pignorum*).

Cette règle ne souffrirait même pas exception au cas où le choix fait par le créancier, qui a hypothèque sur plusieurs immeubles, porterait préjudice à d'autres créanciers hypothécaires. Ainsi *Primus* a hypothèque pour une créance de 20,000 fr. sur les immeubles A et B, qui valent chacun 25,000 fr.; *Secundus* a une hypothèque, inscrite à une date postérieure, sur l'immeuble A, pour une créance de 15,000 fr. Cela posé, *Primus* s'attaque à l'immeuble A ; *Secundus* pourra-t-il lui dire : « Si vous demandez le paiement de votre créance sur l'immeuble A, la portion du prix, qui

restera libre une fois que vous aurez été payé, ne suffira plus pour me désintéresser; attaquez-vous donc à l'immeuble B, ou tout au moins divisez votre action, et faites-vous payer une moitié de votre créance sur l'immeuble A et l'autre moitié sur l'immeuble B; de cette façon vous ne prendrez que 10,000 fr. sur le prix de l'immeuble A, et vous laisserez libre par conséquent une somme de 15,000 fr., suffisante pour me désintéresser ». Très certainement *Primus* ne serait pas obligé de déférer à cette demande : le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque lui permet de demander son paiement sur celui des immeubles hypothéqués à sa créance qu'il lui plaît de choisir, sans avoir à s'inquiéter du préjudice qui peut en résulter pour d'autres créanciers. Le seul droit qui appartienne à *Secundus*, c'est de payer *Primus;* par ce moyen il sera subrogé dans les droits de *Primus* (art. 1251-1°), et pourra, usant du droit qui appartenait à celui-ci, s'attaquer à l'immeuble B pour obtenir le remboursement de ce qu'il a payé à *Primus,* et l'immeuble A restera ainsi libre pour répondre du paiement de sa propre créance.

b. — Si l'immeuble hypothéqué a été divisé par un partage entre plusieurs ayant droit, ou si une portion de cet immeuble a été vendue ou transmise à tout autre titre à un tiers, chaque portion de l'immeuble répond de la dette tout entière ; le créancier peut donc demander à chaque détenteur de l'une de ces fractions tout ce qu'il pourrait demander au détenteur de l'immeuble tout entier, c'est-à-dire le paiement intégral de la dette, si mieux il n'aime délaisser la portion d'immeuble qu'il détient ou en subir l'expropriation (*tota in qualibet parte*).

c. — L'extinction partielle de la créance garantie par l'hypothèque n'a pas pour résultat de rendre libre une portion correspondante de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués. Ainsi le paiement de la moitié de la dette hypothécaire n'affranchira pas de l'hypothèque une moitié de l'immeuble hypothéqué : cet immeuble restera affecté *en totalité* au paiement de la portion de la dette qui reste due.

De là il résulte que, si le créancier hypothécaire est mort laissant plusieurs héritiers, entre lesquels la créance s'est divisée, le paiement, fait par le débiteur à l'un de ces héritiers de sa part dans la créance, n'empêchera pas l'immeuble hypothéqué de demeurer affecté en totalité au paiement de ce qui reste dû aux autres héritiers.

d. — Enfin, si le débiteur d'une dette hypothécaire meurt laissant plusieurs héritiers, la division de la dette, qui s'opèrera entre ces héritiers aux termes de l'art. 1220, n'empêchera pas celui dans le lot duquel tombera l'immeuble hypothéqué d'être tenu hypothécairement de la dette pour le total, sauf son recours contre ses cohéritiers (art. 873).

1197. L'indivisibilité est seulement de la *nature* (art. 2114), mais non de l'*essence* de l'hypothèque. Elle est de la nature de l'hypothèque, comme la garantie est de la nature de la vente, c'est-à-dire que l'indivisibilité existe en vertu des seules dispositions de la loi, qui l'établit dans l'intérêt du créancier, supposant qu'il n'aurait pas manqué de la stipuler s'il eût été appelé à s'expliquer sur ce point, *tacite venit, tacite inest*. Mais l'indivisibilité n'est pas de l'essence de l'hypothèque, en ce sens que le créancier pourrait y renoncer par une déclaration formelle ; car c'est un bénéfice

que la loi établit en sa faveur, et non dans un intérêt public. Ainsi, deux immeubles étant hypothéqués au paiement d'une créance, on pourrait très valablement convenir que l'un de ces immeubles sera affranchi de l'hypothèque, quand une moitié de la dette aura été payée.

1198. 5. *L'hypothèque, de même que le privilège, est un droit accessoire.* Elle se rattache nécessairement en effet à une créance dont elle a pour but d'assurer le paiement (arg. art. 2114). De là il résulte : 1° que l'extinction de la créance hypothécaire entraîne, en principe tout au moins, l'extinction de l'hypothèque (art. 2180), *sublato principali tollitur accessorium;* 2° que l'hypothèque suit naturellement la créance partout où elle va, en vertu de la règle *accessorium sequitur principale.* Ainsi l'hypothèque, qui garantit une créance mobilière, appartenant à l'un des époux lors du mariage, tombera dans la communauté avec cette créance, et comme en étant un accessoire; de même l'hypothèque, qui garantit une créance mobilière, appartiendra au légataire de tous les meubles avec la créance dont elle est l'accessoire, et non au légataire de tous les immeubles.

Mais, de ce que l'hypothèque est un droit accessoire, il ne s'ensuit pas, comme on l'a prétendu, qu'elle ne puisse pas être détachée de la créance qu'elle garantit pour être rattachée à une autre. Un créancier hypothécaire, dit-on, peut incontestablement céder sa créance et l'hypothèque qui y est attachée ; la cession de la créance entraînera même de plein droit celle de l'hypothèque, *accessorium sequitur principale.* Mais un créancier ne peut pas, tout en conservant sa créance, renoncer au bénéfice de son hypothèque et transmettre ce bénéfice à un autre créancier par voie de cession ou de subrogation. C'est une erreur, à notre avis. Tout ce qui résulte du caractère accessoire de l'hypothèque, c'est qu'elle doit nécessairement se rattacher à une créance ; mais il n'en résulte pas qu'une fois attachée à une créance déterminée, elle ne puisse pas être transportée à une autre. Cette solution, admise dans notre ancien droit et qui trouvait déjà un point d'appui dans l'art. 1278, semble être devenue inattaquable depuis la promulgation de la loi du 23 mars 1855. L'art. 9 de cette loi suppose que la femme mariée peut « *céder son hypothèque légale* »; si l'hypothèque légale de la femme peut être cédée, abstraction faite de la créance qu'elle garantit, il doit en être de même évidemment de toute autre hypothèque ; car où serait la raison de distinguer ? Cpr. Cass., 31 janvier 1883, Sir., 84. 1. 321.

On a tiré une conséquence non moins fausse du principe que l'hypothèque est un droit accessoire, en décidant que l'hypothèque est mobilière quand elle se rattache à une créance mobilière. La jurisprudence a fait justice de cette singulière opinion dans les cas, assez rares d'ailleurs, où elle a eu à s'expliquer sur la question, et elle a jugé avec raison que l'hypothèque est toujours immobilière, même quand elle se rattache à une créance mobilière. L'hypothèque en effet est un droit dans un immeuble; or comment un droit dans un immeuble pourrait-il être mobilier? Qu'importe que l'hypothèque soit un accessoire par rapport à la créance? Résulte-t-il de là que l'accessoire doive nécessairement avoir la même nature que le principal? En quoi cette idée qu'une créance mobilière est garantie par une sûreté immobilière peut-elle répugner à la raison? A ce compte il faudrait décider aussi que le droit de gage est immobilier quand il garantit une créance immobilière : ce que personne n'oserait probablement proposer. Les auteurs, qui considèrent l'hypothèque comme étant mobilière quand elle se rattache à une créance mobilière, parais-

sent s'être surtout laissés déterminer par cette considération que, si l'hypothèque conservait son caractère immobilier dans cette hypothèse, elle ne pourrait pas entrer dans la communauté avec la créance qu'elle garantit (arg. art. 1404). Mais nous avons vu au numéro précédent que le lien de dépendance, qui existe entre l'hypothèque et la créance, suffit pour faire admettre que l'hypothèque doit suivre le sort de la créance.

§ II. *Des diverses espèces d'hypothèque.*

1199. Il y a trois sortes d'hypothèque, suivant la source d'où elles dérivent : l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque conventionnelle (art. 2116).

L'art. 2117 nous donne de chacune de ces hypothèques les définitions suivantes : « *L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. — L'hypo-* » *thèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciai-* » *res. — L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions,* » *et de la forme extérieure des actes et des contrats* ».

A un certain point de vue, toutes les hypothèques sont légales, en ce sens que toutes ont la loi pour source, au moins médiate. C'est ce que signifie l'art. 2115 *in parte qua* : « *L'hypothèque n'a lieu que* DANS LES CAS, *et suivant les formes autorisées par la loi* ».

§ III. *Des biens qui peuvent être hypothéqués.*

1200. « *Sont seuls susceptibles d'hypothèques, — 1° Les biens immo-* » *biliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeu-* » *bles; — 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps* » *de sa durée* ». Ainsi s'exprime l'art. 2118.

Il résulte très positivement de ce texte que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques. Seuls, les immeubles peuvent être hypothéqués ; mais ils ne peuvent pas l'être tous. La loi donne une énumération limitative de ceux qui sont susceptibles d'hypothèques.

1201. Avant d'étudier les différents termes de cette énumération, il convient de chercher à dégager le principe, qui a servi de base au législateur quand il l'a entreprise. Or, si on compare l'art. 2118, qui énumère les immeubles susceptibles d'hypothèques avec l'art. 2204 qui donne l'énumération des immeubles susceptibles d'expropriation forcée, on est frappé de la similitude de ces deux textes qui paraissent calqués l'un sur l'autre. Ce n'est pas là vraisemblablement une coïncidence fortuite : elle s'explique très simplement et très naturellement par cette supposition, que le législateur n'a considéré comme pouvant être hypothéqués que les immeubles susceptibles d'expropriation forcée, c'est-à-dire susceptibles d'être saisis et vendus aux enchères : ce qui exclut tout d'abord les immeubles qui ne sont pas dans le commerce, tels que les immeubles faisant partie du domaine public de l'Etat, et en outre certains immeubles qui, quoique dans le commerce,

ne sont pas cependant susceptibles d'être saisis et vendus aux enchères, comme les servitudes actives considérées abstraction faite du fonds auquel elles sont attachées.

Cette double exclusion est d'ailleurs fort rationnelle. Car l'hypothèque, qui porterait sur des biens hors du commerce et par suite non susceptibles d'être vendus, serait absolument illusoire : *Quo mihi pignus, si id vendere non liceat ?* dit Cujas ; et celle qui porterait sur des immeubles susceptibles d'être vendus à l'amiable, mais non aux enchères, comme une servitude considérée abstraction faite du fonds auquel elle appartient (1), pourrait bien servir à quelque chose ; mais la loi n'a pas voulu l'autoriser, parce que la faculté accordée à un créancier hypothécaire de vendre à l'amiable le bien hypothéqué aurait pu être la source de graves abus, rien ne garantissant que la vente ne sera pas faite à vil prix, au grand préjudice du débiteur. On peut donc établir comme principe que les seuls immeubles susceptibles d'hypothèques sont ceux qui peuvent être saisis et vendus aux enchères.

1202. Abordons maintenant l'énumération faite par la loi des immeubles susceptibles d'hypothèques.

On sait qu'il existe quatre catégories d'immeubles, savoir : les immeubles par leur nature, les immeubles par destination, les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent et les immeubles par la détermination de la loi. Nous allons passer en revue ces quatre catégories, et voir quels sont, parmi les immeubles qu'elles contiennent, ceux que la loi déclare susceptibles d'hypothèques.

I. *Immeubles par leur nature.*

1203. Cette catégorie comprend d'abord les fonds de terre et les bâtiments, puis les moulins à vent ou à eau fixés sur pilier ou faisant partie du bâtiment (art. 518 et 519). Il est incontestable que ces divers immeubles sont susceptibles d'être hypothéqués, quand ils sont dans le commerce.

C'est à eux très certainement que le législateur songeait, lorsqu'il a déclaré susceptibles d'hypothèques « les biens immobiliers qui sont dans le commerce ». La preuve que cette formule ne comprend pas d'une manière générale, comme on pourrait être tenté de le croire au premier abord, tous les biens que le code civil déclare immeubles dans le chapitre Ier du livre II, c'est que la loi parle immédiatement après des accessoires réputés immeubles, c'est-à-dire des immeubles par destination, et de l'usufruit des immeubles, qui est un immeuble par l'objet auquel il s'applique.

(1) A la rigueur, une servitude pourrait être vendue aux enchères séparément du fonds auquel elle appartient ; mais, comme le nombre des enchérisseurs serait forcément très limité, une semblable servitude ne pouvant avoir de valeur que pour le cercle très restreint des propriétaires voisins, la loi a craint que leur vente aux enchères ne se fît à vil prix, et c'est pour cela qu'elle en a prohibé l'expropriation forcée et l'hypothèque.

Quant aux fruits pendants par branches ou par racines, que l'art. 520 range aussi dans la catégorie des immeubles par leur nature, une distinction est nécessaire. Ces fruits ne peuvent pas être hypothéqués *principaliter*, c'est-à-dire abstraction faite du fonds auquel ils sont attachés. Ce n'est pas, comme on le dit, parce que les fruits pendants sont un accessoire de l'immeuble et que l'accessoire ne peut pas être hypothéqué sans le principal : leur qualité d'accessoire n'empêche pas qu'on puisse les vendre séparément du fonds, ou les saisir (saisie-brandon); comment pourrait-elle empêcher qu'ils fussent hypothéqués? Mais les fruits pendants sont considérés comme meubles, quand on les envisage abstraction faite du fonds qui leur donne la vie, et c'est pour cela qu'ils ne peuvent pas être hypothéqués séparément de ce fonds, les meubles n'étant pas dans notre droit susceptibles d'hypothèque. Au contraire les fruits, envisagés comme une dépendance du fonds auquel ils adhèrent, sont immeubles : *fructus pendentes pars fundi esse videntur* (art. 520). Rien ne s'oppose donc à ce qu'ils soient hypothéqués avec le fonds; ils sont même atteints de plein droit, en qualité d'accessoires, par l'hypothèque qui grève le fonds.

Ne concluez pas de là que le propriétaire d'un fonds grevé d'hypothèque soit privé du droit d'en percevoir les fruits au préjudice des créanciers hypothécaires. Nous l'avons déjà dit, l'hypothèque n'enlève pas au propriétaire le droit de jouir de son bien; il pourra donc recueillir les fruits et en disposer, même les vendre sur pied, sans que les acquéreurs puissent être inquiétés par le créancier hypothécaire. La raison en est que les fruits sont mobilisés par leur séparation du sol ou par la vente qui en est faite sur pied; devenus meubles, ils échappent nécessairement à l'hypothèque. Le tout sauf le cas de fraude. Cpr. Dijon, 6 juillet 1883, Sir., 84. 2. 44.

Il y a cependant un événement qui enlève au propriétaire le droit de disposer des fruits au préjudice des créanciers hypothécaires : c'est la transcription de la saisie de l'immeuble, faite à la requête d'un ou de plusieurs créanciers (C. pr. art. 682). La transcription de la saisie immobilise en effet les fruits; elle les immobilise, en ce sens que le prix en sera distribué, comme celui de l'immeuble, par ordre d'hypothèques. Ce résultat se produit, non seulement quant aux fruits naturels et industriels, mais aussi quant aux fruits civils (C. pr., art. 685). La transcription de la saisie immobilise donc tous les fruits sans distinction.

* **1204.** Pour terminer ce qui concerne l'hypothèque des immeubles par leur nature, disons un mot des mines. — Il résulte de la loi du 21 avril 1810 qu'une mine, quand elle est concédée, constitue une propriété distincte du sol qui la recèle, propriété immobilière, bien entendu, et immobilière par sa nature (art. 8 de la loi). Il existe donc alors deux immeubles distincts : le sol ou surface, et le sous-sol ou mine, susceptibles l'un et l'autre d'être hypothéqués séparément (art. 19 de la loi). L'hypothèque qui grève la surface affecte en même temps la valeur de la redevance (art. 18) : ce que nous entendons en ce sens que, le droit à la redevance étant attaché à la propriété de la surface, dont elle forme un accessoire, l'hypothèque établie sur la

surface s'étend au droit à la redevance; de sorte que le créancier hypothécaire pourra saisir et faire vendre aux enchères la surface avec le droit à la redevance, et le prix total payé par l'adjudicataire sera distribué par ordre d'hypothèques. D'où il faut conclure, d'une part que le droit à la redevance ne pourrait pas être hypothéqué séparément de la mine, et d'autre part que, si le droit à la redevance avait été cédé par le propriétaire de la mine, ce droit, cessant d'être un accessoire de la surface, cesserait en même temps d'être immobilier, et par suite ne serait plus susceptible d'hypothèques.

II. *Immeubles par destination.*

1205. C'est aux immeubles par destination que l'art. 2118 fait allusion, lorsqu'après avoir déclaré susceptibles d'hypothèques les immeubles par leur nature, il ajoute : « et leurs accessoires réputés immeu- » bles ». Les immeubles par destination sont des objets mobiliers, auxquels la loi attribue fictivement la qualité d'immeubles, parce que, à raison du lien matériel qui les attache à un fonds, ou du lien immatériel résultant de la destination que leur a donnée le propriétaire en les vouant au service et à l'exploitation de son fonds, ils deviennent des accessoires de ce fonds. De là il suit que les immeubles par destination ne peuvent pas être hypothéqués séparément du fonds dont ils sont des accessoires; car, lorsqu'on les en isole, ils perdent leur caractère d'immeubles. Mais ils peuvent être hypothéqués avec ce fonds, et ils sont même atteints de plein droit par l'hypothèque qui grève le fonds. Le législateur aurait exprimé ces vérités en termes beaucoup plus nets, s'il avait dit, comme l'a fait la loi belge du 16 décembre 1851 : « L'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeu- » bles ». Cette formule aurait eu en outre l'avantage de montrer que l'hypothèque constituée sur un fonds atteint, non seulement les objets qui avaient la qualité d'immeubles par destination lors de la constitution de l'hypothèque, mais aussi ceux qui l'acquièrent postérieurement. Telle a certainement été la pensée du législateur; mais il eût été bon de l'exprimer.

L'immobilisation par destination cesse avec la cause qui l'a produite. Si donc le propriétaire sépare définitivement de son fonds les objets immobilisés, ces objets redeviennent meubles, et le créancier ayant hypothèque sur le fonds ne peut pas inquiéter les tiers acquéreurs de bonne foi auxquels ils auraient été livrés; car les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 2119. Douai, 16 décembre 1886, Sir., 88. 2. 115). Que si le propriétaire de l'immeuble avait seulement vendu lesdits objets sans les livrer, le créancier hypothécaire pourrait s'opposer à la livraison, l'acquéreur fût-il de bonne foi. On objecte que la vente a suffi pour mobiliser les immeubles par destination; donc, dit-on, ces objets sont soustraits à l'hypothèque, puisque l'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles. La réponse est que, la vente étant *res inter alios acta* par rapport au créancier hypothécaire, la mobilisation qui en résulte ne lui est pas opposable; cette mobilisation n'existe que dans les rapports du vendeur et de l'acheteur.

III. *Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.*

1206. Cette troisième catégorie comprend les droits qui ont des immeubles pour objet (art. 526). Les principaux sont : l'usufruit des choses immobilières, le droit d'usage sur ces mêmes choses, le droit d'habitation, les servitudes, les actions immobilières et l'hypothèque.

Ces divers droits sont-ils susceptibles d'hypothèques ?

1207. L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne l'usufruit des choses immobilières ; l'art. 2118 le dit formellement.

C'est le droit d'usufruit qui peut être hypothéqué, et non les fruits qui en sont le produit. Les fruits se distinguent de l'usufruit, comme les intérêts se distinguent du capital, ou les arrérages, de la rente qui les produit : l'usufruit, la rente sont la cause productive ; les fruits, les intérêts ou arrérages sont le produit. Si donc un usufruitier a hypothéqué son usufruit, le créancier hypothécaire ne pourra pas demander que les fruits produits par la chose grevée d'usufruit lui soient attribués, au fur et à mesure des perceptions, par préférence aux autres créanciers de l'usufruitier. L'usufruitier conserve le droit de percevoir ces fruits ; et, une fois entrés dans son patrimoine, ils servent de gage à tous ses créanciers indistinctement. Quel est donc le droit du créancier qui a hypothèque sur un usufruit ? Il peut, faute de paiement à l'échéance, saisir l'usufruit et le faire vendre aux enchères pour se payer par préférence sur le prix.

1208. On admet sans difficulté que celui qui a la nue propriété d'un immeuble peut l'hypothéquer. Il serait inexplicable que la loi, qui autorise l'hypothèque de l'usufruit, n'autorisât pas l'hypothèque de la nue propriété qui constitue un droit bien autrement résistant. Si l'usufruit vient à se réunir à la nue propriété avant l'extinction de l'hypothèque, cette amélioration profitera à l'hypothèque qui portera désormais sur la pleine propriété (arg. art. 2133).

Celui qui a la pleine propriété d'un immeuble pourrait-il en hypothéquer seulement la nue propriété ? Pourquoi non ? Un propriétaire peut bien aliéner seulement la nue propriété de son bien ; comment se pourrait-il qu'il n'eût pas le droit de l'hypothéquer ? Le débiteur aura quelquefois intérêt à adopter cette combinaison, qui lui permettra de conserver l'usufruit, au cas où le créancier hypothécaire serait obligé d'en venir à l'extrémité de l'expropriation. On doit même décider, bien que ce soit un peu plus douteux, que celui qui a la pleine propriété pourrait hypothéquer seulement l'usufruit ; mais on n'aura guère à compter dans la pratique avec une convention de ce genre, dont la bizarrerie saute aux yeux.

1209. Quoique la loi dise d'une manière générale que l'usufruit des biens immobiliers peut être hypothéqué, la plupart des auteurs enseignent que ce principe comporte deux exceptions : la première est relative au droit de jouissance légale de l'art. 384 ; la deuxième, à l'usufruit du mari sur les biens de sa femme, sous les divers régimes matrimoniaux. On reconnaît généralement que l'usufruit paternel et l'usufruit marital ne sont pas susceptibles d'être cédés ni saisis ; comme corollaire, on doit admettre qu'ils ne peuvent pas être hypothéqués. Cpr. t. I, n. 980.

1210. Rien n'est plus fragile que l'hypothèque assise sur un droit d'usufruit ; elle l'est autant que le droit d'usufruit lui-même, toujours menacé dans son existence par les nombreux précipices que la loi creuse autour de lui (art. 617). Toute cause, qui produira l'extinction de l'usufruit, entraînera par voie de conséquence l'extinction de l'hypothèque ; car l'hypothèque doit nécessairement avoir une base ; elle s'évanouit donc quand sa base est détruite. C'est l'idée qu'a voulu exprimer l'art. 2118 par ces mots *pendant le temps de sa durée.*

Il y a toutefois une des causes d'extinction de l'usufruit, prévues par l'art. 617, qui n'entraînerait pas l'extinction de l'hypothèque assise sur cet usufruit : c'est la consolidation. Nous nous sommes expliqué sur ce point dans notre tome I, n. 1394, et nous nous bornons à y renvoyer. — Il est vrai que nous allons nous trouver ainsi en face d'un propriétaire qui n'aura d'hypothéqué que l'usufruit de son bien ; mais on a vu que cette situation n'a rien de contraire aux règles de notre droit.

1211. Bien qu'ils aient une certaine analogie avec l'usufruit, le droit d'usage, même quand il a des immeubles pour objet, et le droit d'habitation ne peuvent pas être hypothéqués. L'art. 2118 garde à leur égard un silence significatif. Il y avait d'ailleurs une raison péremptoire pour les déclarer non susceptibles d'hypothèque : c'est qu'ils sont incessibles et insaisissables (art. 631 et 634).

1212. Quant au droit d'emphytéose, la doctrine en général lui reconnaît le caractère de droit réel, et le déclare susceptible d'hypothèques. Nous avons exprimé nos doutes à ce sujet (t. I, n. 1261).

1213. Les servitudes ou services fonciers, dont l'art. 2118 ne parle pas, ne sont pas non plus susceptibles d'être hypothéquées. Du moins, elles ne peuvent pas être hypothéquées *principaliter et per se ;* car elles seraient atteintes en qualité d'accessoires par l'hypothèque portant sur le fonds dont elles sont une qualité active.

1214. Que décider quant aux actions qui tendent à revendiquer un immeuble, plus généralement quant aux actions immobilières? Elles ne sont pas comprises dans l'énumération de l'art. 2118 ; par conséquent elles ne sont pas susceptibles d'hypothèques, car le texte est limitatif. Au surplus, il faut bien s'entendre sur le sens de cette proposition. Elle signifie, dit Valette, qu'on ne peut pas hypothéquer les actions immobilières considérées comme droit *suis generis,* distinct du droit de propriété reconnu et vérifié. En d'autres termes, on ne peut pas hypothéquer le droit litigieux que l'on a sur un immeuble : ce qui permettrait au créancier hypothécaire, non payé à l'échéance, de faire vendre ce droit litigieux aux enchères. La loi suppose sans doute qu'il y aurait peu d'enchérisseurs, et que le droit serait vendu à vil prix, au grand préjudice du débiteur qui a constitué l'hypothèque. Mais on peut hypothéquer l'immeuble sur lequel on a un droit litigieux ; et si, plus tard, une décision judiciaire, obtenue par le constituant ou par ses créanciers agissant de son chef à son défaut, consacre définitivement le droit de propriété qu'il prétendait avoir sur l'immeuble, l'hypothèque sera valable et produira ses effets (arg. art. 2125).

* **1215.** Le dernier immeuble par l'objet auquel il s'applique, dont il nous reste à parler est l'hypothèque. Peut-on hypothéquer une hypothèque ? On le pouvait dans notre ancien droit, qui avait suivi sur ce point la tradition du droit romain : *pignus*

pignori dari potest. Le créancier, au profit duquel une hypothèque avait été hypothéquée, pouvait se faire colloquer en *sous-ordre,* c'est-à-dire qu'il avait le droit de figurer à l'ordre quand il s'ouvrait, et de se faire colloquer jusqu'à concurrence de sa créance sur le montant de la collocation attribuée au créancier qui lui avait hypothéqué son hypothèque. Aujourd'hui il faut décider qu'on ne peut pas hypothéquer une hypothèque. En effet l'hypothèque ne figure pas sur la liste limitative de l'art. 2118. En outre, l'art. 775 du code de procédure civile est exclusif des sous-ordres. Ce texte, supposant qu'il se présente à l'ordre plusieurs créanciers de l'un des créanciers colloqués, dit que tous, sans distinction, pourvu qu'ils soient inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre, viennent à contribution sur le montant de la collocation attribuée à leur débiteur, qui est considérée comme chose mobilière. Mais un créancier hypothécaire peut céder son hypothèque ou subroger quelqu'un dans ses droits : ce qui conduit pratiquement à peu près au même résultat que l'hypothèque de l'hypothèque. Nous étudierons ces actes au sujet de l'hypothèque légale de la femme mariée, à laquelle ils s'appliquent le plus souvent dans la pratique.

IV. *Immeubles par la détermination de la loi.*

1216. On se souvient que les actions de la Banque de France et du canal du Midi peuvent être immobilisées. Elles deviennent alors susceptibles d'hypothèques. Cpr. t. I, n. 1235.

1217. Tels sont les seuls biens susceptibles d'hypothèques. Les meubles ne peuvent donc pas être hypothéqués ; car l'énumération de l'art. 2118, énumération dont les termes mêmes prouvent qu'elle est essentiellement limitative, ne comprend que des immeubles.

Sur ce point, le droit romain avait d'autres principes. *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest,* dit la loi 9, § 1, D., *De pign. et hyp.* D'ailleurs, dans cette législation, l'hypothèque des meubles conférait au créancier le droit de préférence et le droit de *suite,* comme celle des immeubles.

Notre ancien droit s'écarta de ces traditions. Dans quelques provinces, il est vrai, comme celles de Bretagne et de Normandie, les meubles étaient susceptibles d'hypothèque; mais c'était une hypothèque imparfaite, qui ne conférait au créancier qu'un droit de préférence sans droit de suite. Partout ailleurs l'hypothèque des meubles n'était aucunement admise.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que les coutumes qui n'admettaient pas l'hypothèque des meubles et celles qui admettaient l'hypothèque imparfaite dont il vient d'être parlé, formulaient leur principe dans les mêmes termes : *Meubles n'ont point de suite par hypothèque.* Cette maxime célèbre était donc à double sens : dans la plupart des coutumes, notamment celle d'Orléans (art. 447), elle signifiait que les meubles ne pouvaient pas être hypothéqués; dans quelques autres, comme la coutume de Normandie (art. 593), cette même maxime signifiait que les meubles pouvaient être hypothéqués, mais d'une hypothèque imparfaite, ne conférant pas le droit de suite.

1218. La règle *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque* a été reproduite littéralement par l'art. 2119. Quel sens faut-il lui donner ? A coup sûr ce n'est pas celui qui vient d'être indiqué en dernier lieu ; car cette interprétation aboutirait à mettre le législateur en contradiction avec lui-même. Il dit dans l'art. 2118 que les immeubles sont seuls susceptibles d'hypothèques, ce qui exclut évidemment les meubles; comment croire qu'il vienne immédiatement après se donner un démenti dans l'art. 2119, en déclarant les meubles susceptibles d'une hypothèque même imparfaite ? Alors notre texte signifie-t-il, comme l'art. 447 de la coutume d'Orléans,

que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués ? C'est bien probable, quoique la formule, on n'en peut disconvenir, soit assez impropre pour exprimer cette idée. — On objectera peut-être que cette interprétation aboutit à faire de l'art. 2119 un texte inutile ; car la prohibition d'hypothéquer les meubles résultait suffisamment de l'art. 2118. Nous répondrons qu'il y a dans le code civil bien d'autres articles inutiles. Mieux vaut, après tout, prêter au législateur une inutilité que l'accuser d'une contradiction.

Suivant quelques auteurs, qui veulent à tout prix justifier le législateur, même du reproche d'inutilité, l'art. 2119 aurait été écrit en vue de l'hypothèque, qui atteint, en qualité d'accessoires de l'immeuble sur lequel elle porte, les objets mobiliers fictivement immobilisés par la destination que leur a donnée le propriétaire en les attachant au service ou à l'exploitation de ce fonds ; et l'article signifierait que, si les immeubles par destination ont été transmis à un tiers qui les a reçus de bonne foi, si par exemple des animaux attachés à la culture du fonds hypothéqué ont été vendus et livrés à un acheteur qui ignorait leur affectation, le créancier hypothécaire ne pourra pas les suivre entre ses mains ; car ils ont été mobilisés par leur séparation du fonds, et le détenteur peut opposer au créancier qui le poursuit la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre.* — Il est certain que le créancier hypothécaire n'aurait pas le droit de suite sur les objets dont il vient d'être parlé. Mais que ce soit là ce qu'a voulu dire l'art. 2119, c'est beaucoup plus douteux. Ce serait un sens tout à fait nouveau de la maxime *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque;* or comment admettre que le législateur, qui a reproduit littéralement cet adage plusieurs fois séculaire, ait entendu lui donner un sens ignoré jusque-là, alors que rien, ni dans la loi, ni dans les travaux préparatoires, ne trahit cette pensée ? Au surplus cette controverse a peu d'importance ; car, quel que soit le sens que l'on doive donner à l'art. 2119, on est d'accord sur les principes.

1219. Il reste à savoir pourquoi notre législateur n'admet pas l'hypothèque des meubles. L'hypothèque des meubles, telle que l'admettait le droit romain, c'est-à-dire armée du droit de suite, aurait jeté dans le commerce et dans les relations civiles les perturbations les plus graves ; elle aurait porté une atteinte funeste à une règle fondamentale de notre droit, la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279). Quant à l'hypothèque imparfaite, c'est-à-dire dépouillée du droit de suite, qui avait été admise dans quelques-unes de nos anciennes provinces, elle ne procurerait à vrai dire au créancier qu'une garantie à peu près illusoire, tant il serait facile au débiteur de la faire disparaître. Dans une législation qui admet la règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* les meubles ne peuvent guère offrir à un créancier une garantie sérieuse qu'autant qu'ils lui sont affectés dans leur généralité, comme cela a lieu pour plusieurs privilèges, ou, s'ils sont affectés à titre particulier, qu'autant que la possession en est remise au créancier, et alors on tombe dans le cas du gage. D'ailleurs, l'une des bases du régime hypothécaire admis par le code civil est la publicité ; or comment organiser d'une manière efficace la publicité des hypothèques sur les meubles, qui, à la différence des immeubles, n'ont pas d'assiette fixe et dont il est souvent difficile d'établir l'individualité ? C'est plus qu'il n'en faut pour justifier la prohibition d'hypothéquer les meubles.

1220. Notre chapitre se termine par un article de renvoi, l'art. 2120, ainsi conçu : « *Il n'est rien innové par le présent Code aux dispositions des lois maritimes con-* » *cernant les navires et bâtiments de mer* ».

Le droit maritime présente en effet, sous les divers points de vue qui viennent de nous occuper, des règles spéciales.

D'abord les privilèges, que la loi a établis sur les navires au profit de certains créanciers (C. co., art. 191 et 192), entraînent le droit de suite, malgré la nature mobilière du navire (C. co., art. 190).

Ce droit de suite appartient même aux créanciers simplement chirographaires du propriétaire du navire (C. co., art. 190 al. 2).

Enfin une loi du 10 décembre 1874, qui a été complètement refondue dans la loi du 10 juillet 1885, dispose que les navires peuvent être hypothéqués, mais seulement en vertu de la convention des parties. C'est une exception remarquable à la règle que les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèques.

SECTION PREMIÈRE

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES

1221. L'hypothèque légale est celle qui est établie de plein droit par la loi. L'hypothèque légale a donc la même source que le privilège; mais, tandis que le privilège est attaché à la qualité de la créance, l'hypothèque légale paraît plutôt attachée à la qualité du créancier. Ainsi la loi privilégie les frais faits pour la conservation d'une chose mobilière (art. 2102-3°), parce que sans ces frais la chose n'existerait plus dans le patrimoine du débiteur, et que par suite la créance de ces frais lui paraît favorable; peu importe la personne du créancier, on ne s'en préoccupe pas. Au contraire, la loi accorde une hypothèque légale au mineur sur les biens de son tuteur, parce que le créancier lui paraît mériter faveur, à raison de son incapacité et de son état de dépendance à l'égard du débiteur, le tuteur. Aussi cette hypothèque est-elle accordée au mineur pour toutes ses créances contre son tuteur : la qualité de la créance ne préoccupe plus ici le législateur, mais seulement la qualité du créancier.

§ I. *Des personnes auxquelles l'hypothèque légale est accordée.*

1222. L'art. 2121 nous donne l'énumération des hypothèques légales : « *Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée,* » *sont, — Ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari; — Ceux* » *des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur; — Ceux de l'Etat,* » *des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs* » *et administrateurs comptables* ».

Ainsi donc, trois hypothèques légales : 1° hypothèque légale de la femme mariée; 2° hypothèque légale des mineurs et des interdits; 3° hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics.

Cette énumération n'est pas complète; on peut y ajouter : 4° l'hypothèque légale des légataires (art. 1017); 5° les privilèges dégénérés en hypothèques (art. 2113), ce sont évidemment des hypothèques *légales* ; 6° l'hypothèque légale des créanciers d'un commerçant failli (C. co., art. 490).

Toutefois, c'est peut-être à dessein que le législateur n'a pas mentionné ces trois dernières hypothèques dans l'art. 2121 ; elles sont en

effet *spéciales,* tandis que celles de l'art. 2121, sauf exception pour l'hypothèque légale de l'Etat (*infra* n. 1250), sont *générales*. Nous verrons plus tard quel est le sens de ces expressions.

N° 1. De l'hypothèque légale de la femme mariée.

1223. L'ancien droit romain accordait à la femme mariée, non pas une hypothèque légale, mais un *privilegium inter personales actiones* ou *privilegium exigendi* (l. 74, *D., De jure dotium*), qui lui assurait, pour le paiement de ses reprises dotales, la préférence sur les créanciers chirographaires du mari, mais non sur ses créanciers hypothécaires. Jugeant cette garantie insuffisante, Justinien accorda à la femme pour ses reprises dotales une hypothèque tacite sur tous les biens de son mari (l. *un.* C., *De rei uxoriæ actione*), et, par la loi *Assiduis* (l. 12, C., *Qui potiores in pignore*), il l'autorisa, mais seulement pour la restitution de sa dot, à se faire payer, au moyen de cette hypothèque, par préférence même aux créanciers de son mari ayant une hypothèque antérieure au mariage. La femme avait donc pour la restitution de sa dot une hypothèque privilégiée.

Notre ancienne jurisprudence, à l'imitation du droit romain, accorda une hypothèque légale à la femme mariée. Mais, sauf dans quelques pays de droit écrit, cette hypothèque n'était pas privilégiée, même pour la restitution de la dot. Notons d'ailleurs que l'hypothèque légale ne prenait à proprement parler naissance qu'au profit des femmes qui n'avaient pas fait un contrat de mariage par acte notarié. Ces dernières n'avaient pas besoin d'une hypothèque légale ; car elles bénéficiaient de l'hypothèque générale, que notre ancien droit attachait à toutes les créances résultant d'un acte notarié : ce qui était même plus avantageux pour elles, leur hypothèque datant ainsi du jour du contrat, nécessairement antérieur au mariage, tandis que l'hypothèque des femmes, qui n'avaient pas fait de contrat notarié, ne datait que du jour du mariage.

Supprimée par la loi du 9 messidor de l'an III, l'hypothèque légale de la femme mariée fut rétablie par la loi du 11 brumaire de l'an VII, qui la soumit, comme les autres hypothèques, au principe de la publicité, et décida en conséquence qu'elle ne prendrait rang qu'à dater de son inscription.

L'hypothèque légale de la femme mariée a trouvé place dans notre code civil, qui la dispense d'inscription et lui assigne un rang variable suivant la nature des différentes créances garanties, sans qu'elle puisse en aucun cas remonter à une époque antérieure à la célébration du mariage (art. 1572). C'est un moyen terme entre le système de la loi *Assiduis* et celui de la loi de brumaire.

1224. L'hypothèque légale accordée à la femme mariée a pour fondement l'impossibilité morale où elle se trouve de stipuler des garanties pour les diverses créances qu'elle peut acquérir contre son mari. Cette impossibilité existe soit avant le mariage, soit pendant : la stipulation de garanties avant le mariage, aurait le plus souvent blessé la susceptibilité du futur époux, peut-être aurait-elle entraîné la rupture du mariage projeté ; et comment la femme aurait-elle pu stipuler des garanties pendant le mariage, alors qu'elle est soumise à l'autorité de son mari et dominée par lui? La femme ne pouvant ainsi pourvoir par elle-même à sa propre sûreté, la loi, qui protège les faibles, intervient en sous-entendant l'hypothèque qui nous occupe dans le contrat de

mariage qu'elle lui offre (communauté légale) ou dans celui dont les époux eux-mêmes arrêtent les clauses.

C'est dire que l'hypothèque légale de l'art. 2121 appartient à la femme mariée sans contrat, aussi bien qu'à celle mariée avec contrat, et peu importe dans ce dernier cas le régime matrimonial adopté. Elle appartient même à la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, quoique sous ce régime la femme ait rarement des créances à exercer contre son mari ; mais elle peut en avoir, notamment lorsqu'elle a abandonné à son mari l'administration de ses biens, et par suite le besoin de l'hypothèque légale se fait sentir. La séparation de corps elle-même ou la séparation de biens judiciaire n'empêcherait pas l'hypothèque légale de prendre naissance au profit de la femme pour les créances, assez rares d'ailleurs, qu'elle pourrait alors acquérir contre son mari.

1225. La femme étrangère jouit-elle du bénéfice de l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France? Les auteurs sont divisés sur cette question. La jurisprudence la résout contre la femme, même dans le cas où la loi nationale des époux accorde à la femme mariée une hypothèque légale sur les biens de son mari, comme la loi française. L'hypothèque légale semble bien en effet être un droit civil *stricto sensu,* dont les étrangers, ne peuvent invoquer le bénéfice en France qu'en vertu de la réciprocité d'un traité ou lorsqu'ils ont dans notre pays un domicile autorisé (arg. art. 11 et 13). Cass., 4 mars 1884, Sir., 84. 1. 273.

1226. C'est au fait même du mariage que l'hypothèque légale est attachée ; elle prend naissance de plein droit aussitôt que le mariage est célébré, pourvu bien entendu qu'il soit valable. Toutefois, si un mariage nul avait été contracté *de bonne foi* par les époux ou par la femme seulement, l'hypothèque légale prendrait naissance au profit de la femme pour toutes les créances, qui naîtraient à son profit contre son mari jusqu'au jour de la déclaration judiciaire de nullité du mariage. En effet l'hypothèque légale est un des effets civils du mariage, et à ce titre elle peut résulter d'un mariage putatif. V. art. 201-202.

I. *Quelles sont les créances garanties par cette hypothèque.*

1227. La loi dit : « *Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont, — Ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari* ». Toute créance, qu'une femme mariée acquiert *en cette qualité* contre son mari, est donc garantie par l'hypothèque légale.

Nous disons *en cette qualité ;* autrement ce ne serait plus, comme la loi l'exige, la créance d'une femme mariée contre son mari. Ainsi l'hypothèque légale ne s'attacherait pas aux créances que la femme avait contre son mari antérieurement au mariage, à moins qu'elles n'eussent été comprises dans l'apport confié à l'administration du mari, cas d'ailleurs assez fréquent. Elle ne garantirait pas non plus les créances résultant d'un délit commis par le mari au préjudice de sa femme et qui ne se rattacherait pas à l'administration des biens de la femme.

Peu importe d'ailleurs la source de la créance (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit ou loi), encore moins son chiffre. Les principales créances, auxquelles l'hypothèque légale est attachée, sont énumérées par l'art. 2135 ; mais ce ne sont pas les seules. Cet article, écrit uniquement dans le but de fixer le rang de l'hypothèque pour les diverses créances qu'elle garantit, n'a rien de limitatif. Son silence relativement à telle créance de la femme ne peut donc faire naître aucun doute sur le point de savoir si cette créance est garantie par l'hypothèque légale, mais tout au plus seulement sur le point de savoir quel est le rang de l'hypothèque.

On a cependant soutenu qu'il y a lieu d'excepter d'une manière générale de la garantie de l'hypothèque légale toutes les créances de la femme mariée contre son mari, qui n'ont aucun rapport avec l'état de dépendance et de subordination en considération duquel la loi a établi cette garantie. D'après cette vue, l'hypothèque légale ne s'attacherait pas à la créance alimentaire de la femme contre son mari. Caen, 21 août 1883, Sir., 84. 2. 30.

1228. Cela posé, nous allons indiquer les principales créances auxquelles l'hypothèque légale de la femme mariée est attachée. Ce sont :

1° *La dot.* Toutefois, pour que la femme puisse exercer son hypothèque légale de ce chef, il faut que la constitution ait été faite dans des conditions telles qu'elle ait donné naissance au profit de la femme à une créance contre son mari pour la restitution de la dot. Or c'est ce qui n'arrive pas toujours. Ainsi, sous le régime de la communauté légale, la dot mobilière apportée par la femme se perd dans la communauté dont elle devient la propriété ; la femme n'est donc pas créancière de sa dot, elle n'a en aucun cas d'action pour en obtenir la restitution ; n'ayant pas de créance, comment aurait-elle une hypothèque? Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, au contraire, la femme a une action contre son mari pour la restitution de sa dot mobilière, donc une hypothèque. D'une manière générale, on peut dire que la femme ne jouit de l'hypothèque légale à raison de ses apports que pour ceux dont elle s'est expressément ou tacitement réservé la reprise.

2° *Les conventions matrimoniales,* que la loi place à côté de la dot dans l'art. 2135.

Cette expression, qui n'a pas toujours le même sens dans les dispositions du code civil, comprend très certainement ici les divers avantages matrimoniaux que la femme a stipulés par son contrat de mariage et d'où résulte pour elle une créance contre son mari. Ainsi la femme pourra se prévaloir de son hypothèque légale pour obtenir l'exécution des donations que son mari lui a faites par le contrat de mariage, ou le paiement du préciput qu'elle a stipulé par ce même contrat, du moins

lorsque la stipulation a été faite dans des termes tels que le mari répond sur ses biens personnels du paiement du préciput (v. art. 1515) ; il en serait autrement, si la stipulation du préciput rendait seulement la femme créancière de la communauté, non du mari ; car la femme n'a d'hypothèque que pour ses créances contre son mari, non pour ses créances contre la communauté.

On considère aussi généralement comme rentrant dans les *conventions matrimoniales* dont parle l'art. 2135, et comme garanties à ce titre par l'hypothèque légale, les divers avantages matrimoniaux qu'un texte de loi confère à la femme sur les biens de son mari, c'est-à-dire la créance de la femme pour son deuil, quel que soit le régime (art. 1481 et 1570), et sous le régime dotal la créance de la femme pour ses aliments et pour l'habitation pendant l'année du deuil (art. 1570. Alger, 6 mars 1882, Sir., 84. 2. 137). Ces avantages sont accordés à la femme sur le fondement de l'intention présumée des parties contractantes ; les dispositions de la loi sur ce point sont par suite censées faire partie du contrat de mariage des époux, et constituent des conventions matrimoniales tacites, dont l'exécution doit être garantie de la même manière que celle des conventions matrimoniales expresses.

3° *Les créances résultant au profit de la femme des successions qui lui sont échues ou des donations qui lui ont été faites pendant le mariage, lorsque les biens provenant de ces successions ou donations ne tombent pas en communauté.* Ainsi une succession, comprenant un actif net de 20,000 fr., advient à une femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts ; la reprise de ces 20,000 fr. sera garantie au profit de la femme par l'hypothèque légale.

4° *Les récompenses dues à la femme par la communauté, notamment du chef de l'aliénation de ses propres ou des dettes par elle contractées conjointement ou solidairement avec son mari* (art. 1431). La femme est en effet créancière de son mari à raison de ces récompenses, puisque le mari est responsable de leur paiement sur ses biens personnels (art. 1472).

5° *Les dommages et intérêts résultant des fautes commises par le mari dans l'administration des biens personnels de sa femme ;* par exemple ceux auxquels le mari serait condamné pour avoir laissé dépérir les biens de sa femme faute de réparations d'entretien, ou pour n'avoir pas fait transcrire une donation à elle faite, ou pour avoir laissé s'accomplir contre elle la prescription de ses biens dotaux (art. 1561).

6° Enfin l'hypothèque légale garantirait le paiement de toutes les dépenses nécessaires pour assurer la conservation et la liquidation des reprises de la femme, par exemple des frais avancés pour une demande en séparation de corps ou de biens.

1229. La faveur de l'hypothèque légale n'est pas exclusivement attachée à la personne de la femme ; elle passe à ses héritiers avec les créances qu'elle garantit.

Toutefois, les héritiers de la femme pourraient perdre le bénéfice de son hypothèque légale par suite d'une novation survenue dans la créance qui leur a été transmise. C'est ce qui arriverait dans l'espèce suivante. Une femme, qui a légué à son mari l'usufruit de tous ses biens, vient à décéder sans laisser d'héritier réservataire ;

une liquidation a lieu entre le mari survivant et les héritiers de la femme prédécédée, et cette liquidation fixe le chiffre des reprises de la femme à la somme de 100,000 fr. L'hypothèque légale est incontestablement attachée à cette créance. Mais voilà que les parties conviennent que le mari conservera ces 100,000 fr. à titre d'usufruitier, en exécution du testament de la femme. Il y a novation dans la créance des héritiers de la femme : ce n'est plus comme mari que l'époux survivant doit les 100,000 fr., c'est comme usufruitier. La situation est la même que si les héritiers avaient reçu le paiement des reprises de la femme, et avaient immédiatement restitué au mari la somme par lui payée pour qu'il pût en jouir comme usufruitier. Nous sommes en présence d'une novation par changement de *cause* dans la dette; or la novation éteint les privilèges et hypothèques attachés à la créance (art. 1278). L'hypothèque légale qui garantissait la dette du mari ne garantira donc plus celle de l'usufruitier, à moins que les parties n'aient fait la réserve expresse de l'hypothèque, comme le leur permet l'art. 1278. Cass., 27 juin 1876, Sir., 77. 1. 241.

Il n'y aurait plus novation, et par suite l'hypothèque légale de la femme ne serait pas éteinte, si le mari, légataire en usufruit des biens de sa femme avec dispense de demander la délivrance et de fournir caution, demeurait en possession des biens de sa femme après le décès de celui-ci, sans qu'aucune liquidation eût déterminé le montant de ses droits.

1230. La loi commerciale établit, en cas de *faillite* du mari, des restrictions importantes aux droits de la femme, soit en ce qui concerne les créances garanties par l'hypothèque légale, soit en ce qui regarde les immeubles affectés à cette hypothèque. Pour que ces restrictions soient susceptibles de s'appliquer, il faut que le mari fût commerçant lors du mariage, ou que, n'ayant pas alors de profession déterminée, il le soit devenu dans l'année à dater de la célébration du mariage. V. C. co. art. 563 et 564.

II. *De la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.*

1231. La subrogation dont il s'agit n'a de commun que le nom avec celle que le législateur organise dans les art. 1249 et s. Cette dernière est concédée ou subie par un créancier qui reçoit son paiement, tandis que celle dont nous allons nous occuper est consentie par une femme, qui transmet son droit hypothécaire à un tiers sans recevoir le paiement de sa créance et dans le seul but de fortifier le crédit de son mari.

L'hypothèque légale de la femme mariée est générale, c'est-à-dire qu'elle grève tous les biens immobiliers présents et à venir de son époux (art. 2122). Cette lourde charge peut dans bien des cas étouffer complètement le crédit du mari. Veut-il emprunter de l'argent sur hypothèque ? Il trouvera difficilement un prêteur; car les capitalistes auxquels il s'adressera ne manqueront pas d'objecter que l'hypothèque qu'on leur offre constitue une garantie insuffisante, parce qu'elle sera peut-être primée par l'hypothèque légale de la femme, qui, pour la plupart des créances auxquelles elle est attachée, prend rang à compter de la célébration du mariage (art. 2135). Le mari veut-il vendre un de ses immeubles ? Il réalisera difficilement cette opération : ici encore l'hypothèque légale de la femme apparaît menaçante; l'acquéreur y voit une cause possible d'éviction.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que l'entrave apportée par l'hypothèque légale au crédit du mari est d'autant plus lourde que la femme est plus riche; car ses reprises, et par suite l'étendue de son hypothèque, croîtront ordinairement en raison directe de sa fortune.

Existe-t-il un moyen légal pour la femme, qui veut fortifier le crédit de son mari, de rassurer les tiers avec lesquels celui-ci veut traiter? La femme peut-elle dans ce but renoncer à son hypothèque légale au profit des acquéreurs ou des prêteurs, ou leur en transmettre le bénéfice par voie de subrogation?

Sur ce point le législateur du code civil était absolument muet, et son silence avait fait naître des doutes.

Quelques-uns considéraient ce silence comme décisif. Un texte, disaient-ils, serait nécessaire pour autoriser la femme à se dépouiller de garanties qui lui ont été accordées par des considérations d'ordre public (arg. art. 6). D'ailleurs est-il raisonnable de supposer que le législateur, après avoir mis tant de sollicitude à entourer des plus fortes garanties les créances de la femme mariée contre son mari, ait commis l'imprudence d'autoriser cette même femme à se dépouiller de ces garanties, la laissant ainsi exposée à sa propre faiblesse et lui retirant en quelque sorte d'une main la protection qu'il lui accordait de l'autre? Enfin les formalités particulières, exigées pour la restriction de l'hypothèque légale de la femme pendant le cours du mariage (art. 2144), ne prouvent-elles pas quela loi s'est défiée en cette matière de la faiblesse de la femme?

D'autres soutenaient que ce qui est interdit à la femme, c'est l'abdication de son droit, la renonciation pure et simple à son hypothèque légale, *renuntiatio pura :* l'état de dépendance et de subordination de la femme à l'égard de son mari ne permet pas de l'autoriser à renoncer directement au profit de celui-ci à une garantie que la loi établit contre lui. Mais pourquoi donc défendre à la femme de renoncer à son hypothèque légale au profit d'un tiers auquel elle veut en transmettre le bénéfice? La femme dûment autorisée est pleinement capable de s'engager envers des tiers, et en s'obligeant elle oblige tous ses biens; elle est pleinement capable aussi pour aliéner ses biens, même à titre gratuit. Par quelle secrète raison ne pourrait-elle pas aliéner au profit d'un tiers le bénéfice de son hypothèque légale?

Cette dernière opinion paraissait triompher dans la doctrine, et une jurisprudence constante était venue lui donner un solide appoint.

1232. Aujourd'hui, le droit pour la femme mariée de renoncer à son hypothèque légale au profit soit des acquéreurs ou des prêteurs de son mari, soit même de ses créanciers personnels, et de leur en transmettre le bénéfice par voie de subrogation résulte de textes formels.

L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 porte : « *Dans le cas où les femmes » peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou » cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cession- » naires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette » hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en » marge de l'inscription préexistante. — Les dates des inscriptions ou » mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des ces- » sions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme* ».

A ce texte, la loi du 13 février 1889, intitulée : *Loi portant modification de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855*, a ajouté une disposition ainsi conçue :

« *La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de* » *l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte* » *l'extinction et vaut purge à partir, soit de la transcription de l'acte* » *d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite* » *en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation* » *a été consentie par acte authentique distinct.*

» *Dans tous les cas, cette renonciation n'est valable et ne produit les* » *effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique.*

» *En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme* » *à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte* » *d'aliénation que si elle stipule, soit comme covenderesse, soit comme* » *garante ou caution de son mari.*

» *Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix,* » *mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du* » *prix par lui payé de son consentement et sans préjudice du droit des* » *autres créanciers hypothécaires.*

» *Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un* » *acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à* » *l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte même, à due* » *concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu,* » *au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers* » *qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme* » *sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit* » *conformé aux prescriptions du paragraphe 1er du présent article.*

» *Les dispositions qui précèdent sont applicables à la Guadeloupe, à la* » *Martinique et à la Réunion* » (1).

Ces textes ont résolu la plupart des difficultés qu'avait fait naître le silence ou l'obscurité de la législation précédente. Le but principal qu'on s'est proposé paraît avoir été : 1° de régulariser le mode de constatation des cessions de l'hypothèque légale de la femme ou des renonciations à cette hypothèque ; 2° d'organiser un mode de publicité pour porter ces cessions ou renonciations à la connaissance des tiers ; 3° de déterminer l'étendue des droits que ces cessions ou renonciations font naître au profit de ceux qui les ont obtenues.

Nous aurons à rechercher successivement dans quels cas la femme est autorisée à céder son hypothèque légale ou à y renoncer, quelles

(1) A ces textes il faut joindre l'art. 20 du décret du 28 février 1852, où il est question pour la première fois de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

sont les diverses variantes de la convention par laquelle la femme transmet à un tiers le bénéfice de son hypothèque légale, en quelle forme cette convention doit être faite, comment elle doit être rendue publique.

A. *Dans quels cas la femme est autorisée à céder son hypothèque légale ou à y renoncer.*

1233. L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 donne à entendre que la femme ne peut pas toujours céder son hypothèque légale ou y renoncer. C'est ce qui résulte de ces mots : « *Dans le cas* où les femmes peu- » vent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... ». Il y a donc des cas où elles ne le peuvent pas. Quels sont ces cas ? L'article ne les indique pas, et il a été positivement expliqué, lors de la confection de la loi, que l'on entendait ne pas innover sur ce point. C'est donc aux règles du droit commun qu'il faut se référer ; or voici où elles conduisent.

Si la dot est aliénable d'après les conventions matrimoniales, la femme peut consentir au profit d'un tiers, avec pleine efficacité, une cession de son hypothèque légale ou une renonciation à cette même hypothèque, en un mot une *subrogation* dans son hypothèque légale : cette expression, que nous emploierons désormais, comprend à la fois le cas de *cession* et celui de *renonciation*. En effet la femme pourrait, dans cette hypothèse, aliéner valablement sa dot et ses autres créances contre son mari ; elle doit donc pouvoir aussi se dépouiller des garanties qui en assurent à son profit la restitution ou le paiement.

Si au contraire la dot de la femme est inaliénable pour le tout ou pour partie, la subrogation qu'elle consentira dans son hypothèque légale sera inefficace, en tant qu'elle pourrait compromettre la restitution de la dot ou de la partie de la dot inaliénable ; c'est-à-dire que, malgré la subrogation, la femme pourra exercer son hypothèque légale au préjudice du subrogé, mais seulement pour la restitution de la dot ou de la partie de la dot inaliénable, la subrogation demeurant efficace pour le surplus. La raison en est que la femme ne peut pas faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement : ne pouvant aliéner directement sa dot inaliénable, la femme ne peut donc pas l'aliéner indirectement en se dépouillant de l'hypothèque légale qui en garantit la restitution. La loi, qui interdit à la femme l'aliénation de sa dot, lui interdit implicitement les actes qui peuvent, le cas échéant, équivaloir à une aliénation ; or il en est ainsi de la renonciation à l'hypothèque légale ou de la cession de cette même hypothèque, qui peut en certains cas, de même qu'une aliénation, entraîner la perte de la dot.

Faisons l'application de cette règle. Une femme, mariée sous le régime dotal, consent au profit d'un tiers, qui prête des fonds à son mari, une subrogation dans son hypothèque légale ; cette subrogation est-elle valable ? Cela dépend. Oui, si la dot de la femme a été déclarée aliénable par une clause du contrat de mariage : ce que permet l'art. 1557 (1). En l'absence de cette clause, la subrogation dans l'hypothèque légale serait inefficace, en tant que cette hypothèque garantit la restitution de la dot immobilière, qui est inaliénable aux termes de l'art. 1554, et même en tant qu'elle garantit la restitution de la dot mobilière, si l'on admet avec la jurisprudence que la dot mobilière est inaliénable. La femme pourrait donc user de son hypothèque au préjudice du subrogé pour obtenir la restitution de sa dot inaliénable. Pour le surplus, la subrogation produirait ses effets : par exemple, si la femme a des créances paraphernales contre son mari, le subrogé pourra exercer par préférence à elle l'hypothèque attachée à ces créances.

Il est à peine utile d'ajouter que, dans les cas où la femme peut céder son hypothèque légale ou y renoncer, la cession ou la renonciation ne sera valable que moyennant l'autorisation du mari ou de la justice, conformément au droit commun.

B. *Diverses variantes de la convention par laquelle la femme transmet à un tiers le bénéfice de son hypothèque légale.*

1234. La femme peut se dépouiller de son hypothèque légale au profit d'un tiers par voie de cession ou de renonciation. C'est ce qui résulte de ces mots de l'art. 9 précité de la loi du 23 mars 1855 : « Dans le cas où les femmes peuvent *céder* leur hypothèque légale ou y *renoncer,* cette *cession* ou cette *renonciation*... ».

a. *Cession.*

1235. Elle peut affecter trois modes différents : cession de l'hypothèque légale détachée de la créance, cession de la créance hypothécaire elle-même, cession du droit de priorité qui appartient à la femme. Si les résultats de ces diverses variantes de la cession diffèrent quelque peu quant à la femme, ils ne diffèrent guère quant au cessionnaire, qui obtient toujours la subrogation dans les droits de la femme.

1. *Cession de l'hypothèque légale détachée de la créance.* La femme peut, tout en conservant sa créance contre son mari, céder à un tiers l'hypothèque légale qui en est l'accessoire et la rattacher à la créance de ce tiers. Cette cession, qui peut intervenir au profit d'un créancier de la femme, a lieu le plus souvent au profit d'un créancier du mari et ordinairement d'un créancier chirographaire. Exemple : Une femme, qui s'est mariée le 1er janvier 1889 sons le régime de la communauté réduite aux acquêts, a apporté à son mari une dot de 100,000 fr. : elle a donc, pour la restitution de cette dot, une hypothèque légale portant sur tous les immeubles de son mari et datant du 1er janvier 1889, jour du mariage ; en 1892, le mari emprunte une somme de 20,000 fr.; et, pour rassurer le prêteur, qui est effrayé par l'hypothèque légale de la femme, celle-ci intervient au contrat, et lui cède son hypothèque légale.

(1) Il n'est pas nécessaire que la femme se soit en outre réservé par une clause expresse le droit de céder son hypothèque légale ou d'y renoncer. Plusieurs auteurs cependant soutiennent, en vertu du principe d'interprétation restrictive qui a été formulé au n° 388, que la clause portant simplement autorisation d'aliéner les immeubles dotaux n'emporte pas pour la femme le droit de renoncer à l'hypothèque légale qui garantit à son profit la restitution du prix d'aliénation.

Le résultat sera celui-ci : le prêteur aura droit, pour la restitution des 20,000 fr. qu'il a prêtés au mari, d'exercer au lieu et place de la femme l'hypothèque légale qui garantit la restitution de sa dot et qui prend rang à dater du 1er janvier 1889. S'il use de cette faculté, le droit hypothécaire de la femme sera diminué d'autant; par suite, elle ne pourra exercer son hypothèque légale, à l'effet d'obtenir la restitution de sa dot, que jusqu'à concurrence de 80,000 fr.; pour les 20,000 fr. restants, elle sera créancière chirographaire, puisque l'hypothèque correspondant à ces 20,000 fr. a été exercée de son chef par le prêteur : du moins elle pourra tout au plus prétendre à une hypothèque prenant rang à compter du jour de la subrogation, à raison de l'indemnité dont elle est devenue créancière contre son mari pour le préjudice résultant de la subrogation. Arg. art. 1431 et 2135 al. 5.

Bien entendu, le cessionnaire de l'hypothèque légale ne peut exercer le droit hypothécaire de la femme que dans la mesure où celle-ci pourrait l'exercer elle même, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du montant de la créance de la femme. Ainsi, dans l'espèce qui vient d'être proposée, si la femme n'a apporté en dot que 15,000 fr. et qu'elle n'ait pas d'autre créance contre son mari, le cessionnaire ne pourra, en exerçant l'hypothèque légale de la femme, obtenir que 15,000 fr. sur les 20,000 qui lui sont dus, et demeurera créancier chirographaire pour les 5,000 fr. restants. La femme n'a pas pu lui transmettre plus de droits qu'elle n'en avait elle-même.

La validité de la cession de l'hypothèque légale détachée de la créance a été contestée (*supra* n. 1198). La controverse sur ce point n'a pas cessé depuis la loi du 23 mars 1855, bien que les termes de l'art. 9 paraissent autoriser formellement cette cession. Au contraire on ne conteste pas la validité du second mode de transmission de l'hypothèque légale, dont nous allons maintenant nous occuper.

2. *Cession de la créance hypothécaire de la femme contre son mari.* Au lieu de céder son hypothèque légale détachée de sa créance, la femme cède à titre de garantie sa créance hypothécaire contre son mari. Le cessionnaire, se trouvant ainsi investi de la créance de la femme et par suite de l'hypothèque légale qui y est attachée, pourra exercer cette hypothèque dans la mesure du droit qu'il a acquis en contractant avec le mari.

Au fond, il n'y a guère qu'une différence de terminologie entre ce mode de cession et le précédent. En réalité, ce n'est pas, quoi qu'on en dise, sa créance hypothécaire que la femme cède, même quand la cession est faite dans les termes qui viennent d'être rapportés, mais seulement l'exercice de son droit hypothécaire, parce que telle est l'intention commune des parties, qu'il faut avant tout rechercher. La preuve en est que, de l'avis de tous, le cessionnaire, en exerçant le droit qui lui a été transmis, épuisera bien dans une certaine mesure le droit hypothécaire de la femme; mais il n'épuisera pas la créance de celle-ci. La femme conservera sa créance tout entière, malgré l'usage qu'aura fait le subrogé du droit a lui cédé; seulement elle perdra le bénéfice de l'hypothèque attachée à cette créance, dans la mesure où le cessionnaire aura usé de cette hypothèque. Ce n'est donc pas sa créance hypothécaire que la femme a cédée : car autrement elle ne pourrait plus exercer cette créance dans la mesure où le cessionnaire a usé du droit qui lui a été transmis.

3. *Cession du droit de priorité.* A la différence des deux autres modes de cession qui peuvent intervenir soit au profit d'un créancier de la femme, soit au profit d'un créancier du mari, celui-ci ne peut intervenir qu'au profit d'un créancier du mari et seulement d'un créancier hypothécaire. Il a pour résultat d'opérer une interversion de rang entre la femme et le créancier hypothécaire au profit duquel la cession intervient. Exemple : Une femme, mariée le 1er janvier 1875 sous le régime de la communauté d'acquêts, a apporté une dot de 100,000 fr.; elle a donc pour la restitution de cette dot une hypothèque, datant du jour du mariage, sur tous les

immeubles de son mari; en 1880, le mari emprunte 20,000 fr. pour dix ans, et il donne au prêteur une hypothèque sur un de ses immeubles, l'immeuble A; à l'échéance de la dette, en 1890, le mari demande un délai au prêteur qui réclame son remboursement; celui-ci répond : « L'hypothèque que vous m'avez consentie sur l'immeuble A en 1880 est primée par l'hypothèque légale de votre femme ; je ne vous accorderai un délai qu'autant qu'elle me cèdera son droit de priorité ». Si la femme y consent, le prêteur pourra, dans la mesure de sa créance, soit 20,000 fr., exercer l'hypothèque de la femme, qui prend rang le 1er janvier 1875. Le droit hypothécaire de la femme sera ébréché d'autant; elle ne pourra donc plus exercer son hypothèque légale, à la date de 1875, que jusqu'à concurrence de 80,000 fr. Pour les 20,000 fr. restants, elle prendra la place du créancier au profit duquel elle a consenti la cession de son droit de priorité, c'est-à-dire qu'elle exercera l'hypothèque conférée à celui-ci et qui prend rang à dater de son inscription. Cpr. Cass., 31 janvier 1883. Sir., 84. 1. 321.

1236. Il résulte de ce qui précède que, suivant les termes dans lesquels elle est consentie, la cession de l'hypothèque légale produit, par rapport à la femme, des effets plus ou moins nuisibles. Au contraire, le résultat est toujours le même pour le cessionnaire, qui est *subrogé* dans tous les cas à l'hypothèque légale : ce qui signifie qu'il peut exercer dans la mesure de sa créance les droits hypothécaires de la femme.

Au surplus, comme la femme ne peut pas transmettre plus de droits qu'elle n'en a, il s'ensuit que le subrogé ne pourra exercer l'hypothèque légale qu'à l'époque où la femme pourrait l'exercer elle-même et dans la mesure seulement où elle aurait alors le droit de l'exercer : — *A l'époque où la femme pourrait l'exercer,* c'est-à-dire lorsque la créance sera devenue exigible, ce qui n'a lieu qu'à la dissolution du mariage ou à la séparation soit de corps, soit de biens : voyez toutefois art. 1446 al. 2; — *Dans la mesure seulement où la femme pourrait exercer elle-même cette hypothèque,* c'est-à-dire dans la mesure des créances qui seront reconnues appartenir à la femme à l'époque où il y aura lieu de procéder au règlement de ses droits. Par où l'on voit que la subrogation peut, par l'événement, se réduire à rien, soit par suite de l'extinction des créances de la femme, auxquelles l'hypothèque légale était attachée, soit parce que, plusieurs des créances de la femme, étant éventuelles, il pourra arriver que ces créances ne prennent pas naissance à son profit. Exemple : Une femme, mariée sous le régime de la communauté, a apporté à son mari une dot de 100,000 fr. à charge d'emploi ; le mari emprunte 20,000 fr., et la femme subroge le prêteur dans son hypothèque légale. Si, au moment de la dissolution de l'association conjugale, l'emploi prescrit par le contrat de mariage a été valablement effectué, la femme n'a plus de créance contre son mari pour la restitution de sa dot; n'ayant plus de créance, elle n'a plus d'hypothèque, et par suite la subrogation demeure sans effet. Autre exemple : Une femme a stipulé dans son contrat de mariage le droit de reprendre son apport franc et quitte, au cas de renonciation à la communauté; son apport s'élève à 50,000 fr.; pendant le cours du mariage, la femme subroge dans son hypothèque légale un créancier du mari, auquel il est dû 20,000 fr.; puis la communauté se dissout. Si la femme renonce à la communauté, elle a le droit de reprendre son apport, soit 50,000 fr.; elle a donc une créance de 50,000 fr. contre son mari, créance garantie par l'hypothèque légale; la subrogation qu'elle a consentie produira son effet : le subrogé exercera les droits hypothécaires de la femme jusqu'à concurrence de 20,000 fr. Mais, si la femme accepte la communauté, elle n'a plus le droit de reprendre son apport; par conséquent elle n'a pas de ce chef de créance contre son mari ni par suite d'hypothèque, et, en supposant qu'elle n'ait aucune autre créance à laquelle la garantie de l'hypothèque légale soit attachée, la subrogation qu'elle a consentie tombera nécessairement dans le vide.

La subrogation dans l'hypothèque légale d'une femme mariée peut donc, dans certains cas, n'offrir à un créancier du mari qu'une garantie fort aléatoire.

b. *Renonciation.*

1237. Au lieu de céder son hypothèque légale, la femme peut y renoncer en faveur d'un tiers. Ainsi le mari veut emprunter de l'argent sur hypothèque ; pour rassurer le prêteur, la femme pourra renoncer au profit de celui-ci à son hypothèque légale. Ou bien le mari veut vendre un de ses immeubles ; mais l'acquéreur hésite, parce qu'il craint les suites de l'hypothèque légale de la femme ; celle-ci interviendra, et renoncera à son hypothèque au profit de l'acquéreur. La renonciation à l'hypothèque légale peut donc avoir lieu au profit, soit d'un créancier du mari, soit de l'acquéreur d'un immeuble du mari.

1. *Renonciation au profit d'un créancier du mari.*

1238. La renonciation de la femme à son hypothèque légale au profit d'un créancier de son mari peut être expresse ou tacite.

La renonciation tacite ne peut s'induire que d'actes qui la font nécessairement supposer. *Renuntiatio non præsumitur.* C'est une question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation.

Ainsi un mari emprunte de l'argent ; sa femme s'oblige solidairement avec lui envers le prêteur, et donne son consentement à l'acte par lequel le mari lui hypothèque un de ses immeubles pour sûreté du prêt. Il y a renonciation tacite de la femme à son hypothèque légale au profit du prêteur. On ne peut donner une autre explication du concours de la femme à la constitution d'hypothèque faite par le mari : son consentement n'était pas nécessaire pour la validité de cette constitution ; la femme n'est évidemment intervenue que pour rassurer le prêteur, et elle ne peut le rassurer qu'en renonçant à son hypothèque légale.

Mais il n'y aurait plus renonciation tacite de la femme à son hypothèque légale, si elle s'était bornée à s'obliger solidairement avec son mari, sans donner son consentement à la constitution d'hypothèque faite par celui-ci au profit du prêteur. Car il n'est pas certain, dans cette hypothèse, que la femme ait entendu renoncer au profit du prêteur à son hypothèque légale : ce qui équivaut, comme on le verra tout à l'heure, à le subroger ; elle a pu vouloir seulement s'obliger envers lui, et dans le doute la renonciation ne saurait être admise. *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis.* La jurisprudence, après quelques oscillations, paraît fixée dans ce sens. Le prêteur pourra donc en pareil cas poursuivre la femme sur tous ses biens pour obtenir son paiement ; il pourra même, du chef de la femme et en vertu de l'art. 1166, exercer l'hypothèque légale de celle-ci, mais non s'en faire attribuer le profit à l'exclusion des autres créanciers de la femme, il devra subir leur concours (arg. art. 2093).

La renonciation faite par la femme à son hypothèque légale au profit d'un prêteur de deniers n'est pas seulement *abdicative* ou

désinvestitive, elle est encore *translative* ou *investitive.* En d'autres termes, la femme qui renonce à son hypothèque légale au profit d'un prêteur de deniers ne s'interdit pas seulement le droit d'exercer son hypothèque légale au préjudice de ce prêteur, elle lui en transmet le bénéfice dans la mesure de sa créance, elle le subroge. Telle a certainement été la commune intention des parties contractantes. En effet la femme est intervenue pour fournir une garantie au prêteur; or elle ne lui fournit une garantie efficace qu'à la condition de le subroger. Si les parties ont une volonté contraire il faut qu'elles l'expriment.

2. Renonciation au profit d'un acquéreur.

1238 *bis.* Comme la renonciation au profit d'un prêteur de deniers, la renonciation de la femme à son hypothèque au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté, peut être expresse ou tacite.

La renonciation tacite peut résulter du concours de la femme à l'acte d'aliénation. Ce concours doit s'être produit dans des conditions telles qu'il implique nécessairement la volonté de la femme de renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur. La question de savoir si le concours de la femme à l'acte d'aliénation présentait ce caractère était, sous l'empire du code civil et de la loi du 23 mars 1855, une pure question de fait, à résoudre en cas de contestation par le juge. Le législateur de 1889 a pensé sans doute que la meilleure loi est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge. Aussi a-t-il précisé les conditions dans lesquelles le concours de la femme à l'acte d'aliénation entraîne sa renonciation à son hypothèque légale. Il faut que la femme ait stipulé soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari (al. 3 du texte nouveau, qui devient l'al. 5 de l'art. 9 de la loi de 1855). La femme qui aurait fait toute autre stipulation ne pourrait être considérée comme ayant renoncé tacitement à son hypothèque légale. A plus forte raison, en serait-il de même de la femme qui se serait bornée à signer l'acte d'aliénation sans rien y stipuler. Le contraire a souvent été jugé sous l'empire de la législation antérieure qui protégeait moins énergiquement la femme.

C. *En quelle forme doit être faite la cession ou la renonciation.*

1239. Avant la loi du 23 mars 1855, la cession de l'hypothèque légale de la femme ou sa renonciation à cette même hypothèque n'étaient assujetties à aucune condition de forme pour leur validité soit entre les parties contractantes, soit à l'égard des tiers; elles pouvaient donc être valablement constatées même par acte sous seing privé. Aujourd'hui lesdites cessions ou renonciations doivent, à peine de nullité, être constatées par acte authentique (art. 9 précité).

Cette règle s'applique-t-elle à la renonciation tacite résultant du concours de la femme à l'acte d'aliénation d'un immeuble de son mari ou de la communauté? sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, il y avait controverse sur ce point. Un parti important dans la doctrine admettait que la renonciation tacite de la femme à son hypothèque légale pouvait résulter de son concours à un acte d'aliénation sous seing privé. Le législateur de 1889 a résolu la question dans le sens opposé. « *Dans tous les cas* » [par conséquent même lorsque la renonciation résulte du concours de la femme à l'acte d'aliénation] « *cette* » *renonciation n'est valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle* » *est contenue dans un acte authentique* » (al. 2 du nouveau texte).

Cette disposition a été vivement critiquée au sénat par M. Léon Clément, qui a fait remarquer qu'il se fait annuellement en France 800,000 ventes d'immeubles de 200 fr. et au-dessous, et que l'obligation de passer des ventes aussi minimes par acte notarié, pour obtenir la renonciation de la femme du vendeur à son hypothèque légale, grèverait l'acquisition d'une charge fort lourde, les frais d'un acte notarié ne pouvant pas être au-dessous de 20, 30 ou 40 francs. M. Léon Clément ajoutait qu'on ne fait pas de difficulté pour considérer un créancier hypothécaire ordinaire comme ayant valablement renoncé à son hypothèque, lorsqu'il a concouru à l'acte de vente sous seing privé passé par le débiteur, et qu'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement de l'hypothèque légale de la femme. On a répondu, d'abord que l'authenticité est une mesure de protection pour la femme (le notaire sera là pour l'avertir des conséquences du consentement qu'elle donne à la vente), ensuite qu'il importait de mettre de l'harmonie dans la loi. Comprendrait-on que la renonciation de la femme à son hypothèque légale pût être valablement constatée par acte sous seing privé, lorsqu'elle est contenue dans l'acte même d'aliénation, alors qu'elle doit nécessairement être faite par acte authentique, quand elle a lieu postérieurement?

Par qui peut être invoquée la nullité résultant du défaut d'authenticité de la cession ou renonciation? Certainement elle peut l'être par les autres créanciers, auxquels la subrogation préjudicie et qui ont intérêt à la faire écarter. Peut-elle être proposée aussi par la femme? Nous n'en faisons pas de doute; car l'authenticité paraît bien avoir été requise, en partie au moins, dans l'intérêt de la femme, pour la mettre à l'abri des surprises auxquelles elle se trouverait exposée si la subrogation pouvait être consentie par acte sous seing privé, et aussi pour placer près d'elle un conseil (le notaire) qui pourra lui faire apercevoir les conséquences de l'acte qu'elle accomplit. D'ailleurs la loi ne dit pas par qui la nullité peut être proposée; tout intéressé peut donc s'en prévaloir.

D. *De la publicité des cessions ou des renonciations.*

1240. Avant la loi du 23 mars 1855, la cession faite par une femme mariée de son hypothèque légale, ou sa renonciation à cette même hypothèque, était opposable aux tiers à compter de sa date et sans aucune condition de publicité. L'hypothèque légale de la femme constituant un droit occulte, puisqu'elle n'est pas soumise à la formalité de l'inscription (art. 2135), on avait pensé que le même principe devait s'appliquer à la subrogation dans cette hypothèque. De là il résultait que, lorsque la femme avait consenti plusieurs subrogations successi-

ves dans son hypothèque légale, l'ordre de préférence entre les divers subrogés se réglait par les dates des différentes subrogations, indépendamment de toute condition de publicité. Ce système permettait à la femme de subroger successivement dix personnes dans son hypothèque légale et d'en tromper neuf. Quel moyen en effet celui auquel la subrogation était offerte avait-il de découvrir l'existence de subrogations antérieures, consenties par la femme, et qui épuisaient peut-être et au delà son droit hypothécaire? Ce déplorable état de choses a cessé d'exister. Aujourd'hui en effet la cession de l'hypothèque légale de la femme mariée, ou sa renonciation à cette hypothèque, ne devient efficace à l'égard des tiers qu'autant qu'elle a été rendue publique dans les formes prescrites par la loi. Ces formes varient, suivant que l'hypothèque légale de la femme est ou n'est pas inscrite. Si l'hypothèque légale n'est pas inscrite, le subrogé doit en requérir directement l'inscription à son profit (art. 9, l. 1855); par conséquent le bordereau d'inscription doit indiquer la subrogation dont l'hypothèque légale a été l'objet. Si l'hypothèque est inscrite, il suffira que le subrogé fasse opérer la mention de la subrogation en marge de l'inscription. Le but de ces formalités est d'avertir les tiers de l'existence de la subrogation : pour en avoir connaissance, ils n'auront qu'à consulter le registre des inscriptions.

La loi ajoute (al. 2) que, s'il a été consenti plusieurs subrogations successives, l'ordre de préférence entre les subrogés se règle, non par la date des subrogations, mais par celle des inscriptions ou des mentions de subrogation. Entre plusieurs subrogés, c'est donc, non pas le plus ancien, qui passe le premier, mais celui qui le premier s'est mis en règle. Avec ce système, la femme ne peut tromper que ceux qui le veulent bien. Une femme m'offre de me subroger dans son hypothèque légale, pour la garantie d'un prêt que je fais à son mari ; la prudence me commande de consulter le registre des inscriptions; si je n'y découvre la trace d'aucune subrogation antérieure, je puis traiter en toute sécurité. A la condition de rendre immédiatement publique la subrogation que j'ai obtenue, j'ai la certitude de ne me voir opposer avec efficacité aucune subrogation consentie par la femme, fût-ce à une époque antérieure à la date de celle consentie à mon profit; car ces subrogations sont sans effet par rapport à moi, du moment qu'elles n'avaient pas encore été rendues publiques à l'époque où j'ai donné la publicité à la mienne.

1241. Les règles de publicité, édictées par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, sont-elles applicables à la renonciation à l'hypothèque légale, résultant du concours de la femme à l'acte d'aliénation de l'immeuble grevé de cette hypothèque ?

Sur cette question deux opinions s'étaient fait jour.

D'après la première, l'art. 9 de la loi de 1855 était étranger à notre hypothèse. L'acquéreur n'avait qu'à transcrire son titre pour rendre opposable aux tiers la renonciation à l'hypothèque légale qu'il contenait. L'art. 9, disait-on, ne vise que les renonciations faites par la femme au profit de ses créanciers personnels ou de ceux du mari, et celles consenties au profit d'un acquéreur par un acte distinct de l'acte d'aliénation. En ce sens, Dijon, 4 août 1880, Dall. pér., 1880. 2. 241.

Les partisans de la seconde opinion disaient : L'art. 9 de la loi de 1855 ne distingue pas ; par conséquent, il est applicable à toute renonciation à l'hypothèque légale, même à celle qui intervient au profit d'un acquéreur. Cette solution avait été consacrée par un arrêt de la cour de cassation en date du 29 août 1866 (Sir., 67. 1. 9).

L'incertitude résultant de l'état de la doctrine et de la jurisprudence, mettait les acquéreurs d'immeubles grevés d'hypothèques légales de femmes mariées dans une situation très critique. Il ne leur suffisait même pas, pour obtenir une sécurité complète, de satisfaire aux exigences des deux systèmes à la fois, c'est-à-dire, d'une part, de transcrire leur titre contenant renonciation expresse ou tacite de la femme à son hypothèque légale, et, d'autre part, de rendre cette renonciation publique en remplissant les formalités prescrites par l'art. 9 de la loi de 1855 ; car ils ne se mettaient pas ainsi à l'abri de l'éviction résultant d'une surenchère, ou de l'action en délaissement formée par un créancier hypothécaire de rang postérieur. Pour obtenir pleine sécurité, l'acquéreur devait procéder à la purge. Or cette obligation était souvent ruineuse, à cause des frais qu'elle entraîne. Nous l'avons déjà dit, il se fait tous les ans en France 80,000 ventes d'immeubles de 200 fr. et au-dessous. Or les frais de purge en pareil cas égalent ou dépassent le prix d'acquisition !

Cet état de choses avait suscité de vives réclamations, qui se traduisirent dans des pétitions adressées par les notaires aux pouvoirs publics en 1862 et en 1880. Le législateur de 1889 y a fait droit, en consacrant le premier système et en le perfectionnant (texte nouveau, al. 1). Désormais l'acquéreur n'aura pas besoin de remplir les conditions de publicité prescrites par l'art. 9. Il lui suffira de faire transcrire son titre, d'où résulte la renonciation de la femme à son hypothèque légale. Si la renonciation à l'hypothèque légale a été consentie par acte authentique postérieur à l'aliénation, il en devra être fait mention en marge de la transcription de l'acte d'aliénation. Sur ce dernier point le législateur de 1889 a innové : car on admettait unanimement que la renonciation demeurait dans ce cas soumise aux règles de publicité prescrites par l'art. 9.

La transcription ou la mention dont nous venons de parler produit un double effet.

D'abord, elle rend la renonciation à l'hypothèque légale opposable aux tiers, en la portant à leur connaissance. Désormais donc les tiers qui voudront se renseigner sur le sort de l'hypothèque légale d'une femme mariée, dans laquelle on offre de les subroger, devront consulter non seulement le registre des inscriptions, mais encore celui des transcriptions.

En second lieu, elle opère la purge de l'hypothèque légale sur l'immeuble aliéné.

Et toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix (al. 4). La purge dont nous venons de parler, n'entraîne donc l'extinction de l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble aliéné que quant au droit de suite. C'est l'un des cas où le droit de préférence survit au droit de suite. Cette solution, qui était généralement admise sous l'empire de la loi du 23 mars 1855 (Cpr. Dijon, 17 novembre 1876, Sir., 77. 2. 261), se trouve aujourd'hui législativement consacrée. Elle est conforme à l'intention probable des parties, qui ont dû vouloir que la renonciation produisît tous les effets mais seulement les effets nécessaires à la sécurité de l'acquéreur. Or ce qui importe à l'acquéreur c'est de ne pas pouvoir être évincé par l'exercice du droit de suite, attaché à l'hypothèque légale comme à toutes les hypothèques en général. Il n'a pas d'intérêt à ce que la femme et ses ayant droit perdent en outre leur droit de préférence sur le prix. Ce droit de préférence sera donc maintenu. La femme avait intérêt à se le réserver et on suppose qu'elle l'a fait.

1241 *bis.* Conservant son droit de préférence sur le prix de l'immeuble aliéné, la femme peut disposer de cette épave de son hypothèque légale par voie de cession ou de renonciation.

a. Supposons d'abord que la femme cède son droit de préférence à un de ses créanciers ou à un créancier de son mari. Si le créancier, ainsi subrogé, a rempli la condition de publicité prescrite par l'art. 9 de la loi de 1855, l'acquéreur ne pourra faire aucun paiement de son prix au préjudice du subrogé, pas plus qu'il ne le pourrait au préjudice des subrogés antérieurs qui se seraient conformés aux prescriptions de la loi pour la conservation de leur droit. Il devra donc garder son prix ou le consigner. Autrement il s'exposerait à être obligé de payer une seconde fois. La situation de l'acquéreur sera la même à l'égard du créancier que la femme aurait subrogé d'une manière générale dans son hypothèque légale, subrogation qui comprend le droit de préférence sur l'immeuble aliéné, ou même de celui qu'elle aurait subrogé dans son hypothèque légale sur d'autres immeubles de son mari. V. *infra* n. 1241 *ter.*

b. La femme peut aussi renoncer à son droit de préférence au profit de l'acquéreur.

Cette renonciation peut être expresse ou tacite. Dans l'un comme dans l'autre cas elle ne peut être faite que par acte authentique.

La renonciation tacite résulte du simple concours de la femme à l'acte authentique constatant le paiement total ou partiel du prix, c'est-à-dire soit à l'acte d'aliénation lui-même, si le prix a été payé comptant et que l'acte en contienne quittance, soit à l'acte ultérieur de quittance du prix. Si l'acte auquel la femme a concouru ne contient qu'une quittance partielle du prix, la femme ne renonce à son droit de

préférence au profit de l'acquéreur que sur la partie du prix dont le paiement est constaté par l'acte.

Quel est l'effet de la renonciation expresse ou tacite de la femme à son droit de préférence au profit de l'acquéreur ?

La plupart du temps cette renonciation est simplement extinctive, parce que cela suffit à la sûreté de l'acquéreur. Ce qui lui importe en effet, c'est que les droits résultant de l'hypothèque légale ne puissent pas être exercés contre lui, que ces droits soient éteints; il n'a pas besoin d'être investi de ces droits, d'y être subrogé, de manière à pouvoir les exercer au lieu et place de la femme.

Dans un cas particulier cependant, le besoin de la subrogation se fait sentir pour l'acquéreur, et la loi la lui accorde par interprétation de la volonté des parties qui sont censées avoir voulu tout ce qui est nécessaire à la sûreté de l'acquéreur. Cela arrive lorsqu'il existe sur l'immeuble aliéné d'autres hypothèques postérieures en rang à l'hypothèque légale de la femme. L'aliénation n'a pu porter aucune atteinte à ces hypothèques; les créanciers auxquels elles appartiennent conservent donc leur droit intact. Supposons qu'ils en usent et qu'ils saisissent l'immeuble et le fassent vendre aux enchères pour obtenir leur paiement. Sur le prix d'adjudication, l'acquéreur sera colloqué en première ligne, comme subrogé au droit de préférence de la femme, jusqu'à concurrence du prix ou de la partie du prix qu'il a payée au mari avec le consentement de la femme, et, s'il perd son immeuble, du moins il rentrera dans ses fonds.

Maintenant la subrogation opérée au profit de l'acquéreur dans les conditions que nous venons de décrire doit être rendue publique conformément aux prescriptions de l'art. 9 al. 1 de la loi de 1855. C'est seulement à dater du jour où cette condition de publicité aura été remplie que la subrogation de l'acquéreur deviendra opposable aux autres subrogés à l'hypothèque légale de la femme, qui n'auraient pas à ce moment rendu leur droit public conformément aux prescriptions de la loi. L'acquéreur serait tenu envers ceux qui auraient avant lui satisfait aux exigences de la loi à l'endroit de la publicité.

On voit que l'acquéreur a intérêt, avant de faire le paiement qui doit lui conférer la subrogation, à s'assurer par les moyens légaux qu'il n'existe pas de créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme qui se soit mis en règle. Autrement il pourrait être obligé de payer deux fois.

Il allait de soi que la femme, après avoir renoncé à son droit de préférence en donnant son consentement au paiement du prix ou d'une partie du prix, ne pourrait plus, même indépendamment de toute condition de publicité, venir exercer ce droit de préférence soit au préjudice de l'acquéreur, en le forçant à payer une seconde fois, soit au préjudice des créanciers hypothécaires postérieurs, en se faisant colloquer à leur détriment sur la partie du prix qui reste due.

Tout ce que nous venons de dire résulte des alinéas 4 et 5 du nouveau texte, que nous avons reproduit au n. 1232. Leur rédaction laisse à désirer.

* **1241** *ter*. Terminons par une observation. La renonciation simplement abdicative n'épuise pas le droit hypothécaire de la femme. Il en est autrement de la renonciation translative. Cela vient de ce que, dans un cas, la femme n'exerce pas son droit, tandis qu'elle l'exerce dans l'autre, et elle ne peut l'exercer plusieurs fois. En d'autres termes, si un mari a plusieurs immeubles grevés de l'hypothèque légale de la femme, celle-ci, en supposant qu'elle n'ait consenti aucune subrogation dans son hypothèque légale, peut consentir au profit de tous les acquéreurs de ces immeubles successivement des renonciations à son hypothèque légale simplement extinctives. Elle ne porte préjudice qu'à elle même, en diminuant l'étendue de son gage hypothécaire. Mais aussitôt que la femme consent, même au profit d'un acquéreur, une renonciation translative, elle fait brèche à son droit hypothécaire, et le jour où

ce droit hypothécaire se trouve épuisé par les subrogations qu'elle a consenties, la femme ne peut plus en consentir de nouvelles avec efficacité, parce qu'elle ne peut transmettre plus de droits qu'elle n'en a.

C'est à ce principe que se rattache la disposition de l'alinéa antépénultième de la loi du 13 février 1889, d'après laquelle la subrogation au profit de l'acquéreur qui a payé son prix avec le consentement de la femme, ne peut pas être opposée aux créanciers que la femme aurait subrogés dans son hypothèque légale sur d'autres immeubles de son mari et qui auraient satisfait avant l'acquéreur aux conditions de publicité prescrites par l'art. de la loi de 1855.

N° 2. Hypothèque légale des mineurs et des interdits.

1242. L'ancien droit romain n'accordait aux pupilles, pour la garantie de leurs créances contre leurs tuteurs, qu'un *privilegium inter personales actiones,* c'est-à-dire un simple droit de préférence sur les créanciers chirographaires du tuteur (l. 19 § 1 et l. 23, D., *De reb. auct. judic.*). Plus tard, on leur donna une hypothèque tacite, prenant rang au jour de l'ouverture de la tutelle (l. 20, C., *De adm. et per.*)

Sous le nom d'*hypothèque taisible,* notre ancienne jurisprudence accordait aux mineurs et aux interdits une garantie de la même nature sur les biens de leurs tuteurs et curateurs. Cette hypothèque passa dans la loi du 11 brumaire an VII, qui la soumit à la formalité de l'inscription. Le code civil l'a conservée, en supprimant la nécessité de l'inscription (art. 2135).

1243. Fondement de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits — Celui qui confie librement la gestion de son patrimoine à un administrateur de son choix, peut stipuler telles garanties qu'il juge à propos. Telle n'est pas la situation du mineur et de l'interdit à l'égard de leur tuteur. Pour que la protection accordée à ces incapables fût complète, il fallait de toute nécessité leur donner des garanties sur les biens de l'administrateur qu'on leur impose. C'est ce qu'a fait l'art. 2121, en leur conférant l'hypothèque légale.

1244. A quelles personnes appartient cette hypothèque légale. — La loi l'accorde aux *mineurs* et aux *interdits;* et, comme les textes qui établissent des droits de préférence ne sont pas susceptibles de l'interprétation extensive, on doit en conclure que ladite hypothèque n'appartient pas :

1° Aux absents, sur les biens de ceux qui administrent leur patrimoine.

Sur ce point, le législateur s'est écarté des traditions de la loi du 11 brumaire de l'an VII, dont l'art. 21 n. 2 établissait l'hypothèque « au profit des mineurs, des » interdits et des *absents* sur les biens de leurs tuteurs, curateurs et administrateurs, » pour raison de leur gestion ».

2° A l'enfant légitime mineur, sur les biens de son père administrateur légal. Cpr. t. I, n. 994.

3° Au mineur non émancipé, sur les biens de son subrogé tuteur. La rédaction primitive de l'art. 2121 portait « sur les biens de leurs tuteurs et *subrogés tuteurs* ». Ces derniers mots ont été supprimés sur les observations du Tribunat.

4° Au mineur émancipé, sur les biens de son curateur. D'ailleurs le curateur n'administre pas.

5° A la personne placée sous conseil (art. 499 et 513), sur les biens de son conseil. Le conseil judiciaire est un curateur, et non un tuteur.

6° A la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés, sur les biens de son administrateur.

L'art. 34 de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés, permet au tribunal de constituer une hypothèque sur les biens de l'administrateur qu'il nomme, et au moment même de cette nomination. Mais cette hypothèque est plutôt judiciaire que légale. D'ailleurs elle peut être spéciale quant aux biens, et doit toujours être limitée à une somme déterminée; en outre elle demeure soumise à la formalité de l'inscription. A ces divers points de vue, cette hypothèque diffère de celle des mineurs et des interdits.

7° Aux appelés, sur les biens du tuteur à la substitution, qui n'est en réalité qu'un curateur. Cpr. t. II, n. 697.

1245. Mais s'il ne faut pas étendre au delà de ses justes limites la disposition de l'art. 2121, qui accorde une hypothèque légale aux mineurs et aux interdits, il ne faut pas non plus, tombant dans une exagération contraire, en restreindre arbitrairement la portée naturelle. L'hypothèque légale dont il s'agit existera donc :

1° Dans toute tutelle, légitime, testamentaire ou dative, le tuteur fût-il mineur : ce qui peut arriver pour le père ou la mère (art. 442 al. 1).

2° Sur les biens du *protuteur*. Le protuteur est un tuteur (art. 417).

3° Sur les biens du tuteur officieux. La loi ne lui donne pas seulement le nom de tuteur; elle lui en confie aussi les fonctions.

4° Sur les biens du deuxième mari, *cotuteur* avec sa femme des enfants du premier lit de celle-ci, lorsqu'elle a été maintenue dans la tutelle (art. 396).

5° Sur les biens de la mère remariée, qui, ayant perdu de plein droit la tutelle de ses enfants du premier lit pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille comme l'exige l'art. 395 al. 1, a cependant continué en fait à gérer la tutelle ; et aussi sur les biens du deuxième mari, qui a participé à cette gestion de fait et qui est solidairement responsable avec sa femme des suites qu'elle peut entraîner (art. 395 al. 2). La loi appelle cette gestion de fait une *tutelle* (texte précité), et cela suffit pour que l'on puisse appliquer la sanction de l'hypothèque légale. Il serait d'ailleurs extraordinaire que celui qui usurpe les fonctions de tuteur fût mieux traité que celui qui les remplit en vertu d'un mandat régulier. La question est controversée. Cass., 27 juin 1877, Sir., 79. 1. 55.

6° Au profit des interdits légalement, aussi bien que des interdits judiciairement.

On pouvait objecter, sous l'empire du code pénal de 1810, que l'art. 2121 accorde l'hypothèque légale à l'interdit sur les biens de son *tuteur*, que cette hypothèque ne peut donc pas appartenir à l'interdit légalement auquel la loi donnait un *curateur*

(C. pén., ancien art. 29). Mais cette objection, qui d'ailleurs était loin d'être décisive, ne peut même plus être faite aujourd'hui, la loi du 28 avril 1832 ayant remplacé dans l'art. 29 du code pénal le mot *curateur* par celui de *tuteur*.

1246. Créances garanties par l'hypothèque légale des mineurs et des interdits. — L'hypothèque légale est attachée à toute créance appartenant au mineur ou à l'interdit contre son tuteur *en cette qualité,* par exemple aux créances naissant de faits de gestion, comme si le tuteur a touché une somme au nom du mineur, ou aux créances résultant des fautes ou des malversations commises par le tuteur dans sa gestion. En d'autres termes, l'hypothèque garantit le paiement de tout ce que le tuteur doit au mineur ou à l'interdit *par son compte de tutelle,* comme dit Domat, c'est-à-dire de toute dette dont il est devenu débiteur envers le mineur ou l'interdit *tanquam tutor* et qu'il a dû faire figurer à ce titre dans son compte de tutelle. Finalement, l'hypothèque garantit le paiement du reliquat de ce compte.

L'hypothèque légale garantit-elle le paiement des dettes, dont le tuteur était débiteur envers le mineur au moment de son entrée en fonctions, et qui par conséquent ont une cause étrangère à sa gestion? Nous répondrons affirmativement, si la dette est devenue exigible pendant le cours de la tutelle; car à dater de ce moment le tuteur a dû se payer à lui-même, *a semetipso exigere debuit,* et placer les deniers pour le compte du mineur; sa responsabilité de tuteur est donc engagée. C'est la solution contraire qui devra être admise, si la dette n'est pas venue à échéance pendant la durée des fonctions du tuteur; car alors il n'a jamais été débiteur *tanquam tutor*. Sa dette ne doit pas figurer dans son compte de tutelle; à quel titre serait-elle donc garantie par l'hypothèque légale?

N° 3. Hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

1247. L'Etat, les communes et les établissements publics ont de tout temps été assimilés à des mineurs et protégés par des garanties de même nature. Ces diverses personnes morales ne peuvent pas en effet administrer leurs biens par elles-mêmes, puisqu'elles n'ont qu'une existence fictive; il faut de toute nécessité en confier la gestion à des administrateurs. Pour garantir cette gestion, la loi a établi l'hypothèque dont nous allons nous occuper.

I. *De l'hypothèque légale de l'Etat.*

1248. La loi accorde à l'Etat une hypothèque légale sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. Sous cette dénomination de *comptables,* la loi entend désigner ceux qui sont dépositaires de deniers publics et en ont le maniement, comme les trésoriers payeurs généraux et les receveurs particuliers des finances, mais non les fonctionnaires publics chargés d'une simple mission de surveillance, de vérification ou même d'ordonnancement.

D'après ces données, il semblerait que les percepteurs des contributions directes sont grevés de l'hypothèque légale; il n'en est rien. Le percepteur n'est pas en

compte courant avec le Trésor ; c'est un simple préposé du trésorier payeur général; il fait d'ailleurs des versements fréquents. En sens contraire, Nancy, 8 mars 1884, Sir., 84. 2. 59.

Nous avons vu sous l'art. 2098 que le Trésor a un privilège sur certains immeubles appartenant aux comptables. Comment distinguerons-nous, parmi les immeubles des comptables, ceux qui sont grevés du privilège et ceux qui sont soumis à l'hypothèque légale ? C'est chose facile. Sont grevés du privilège tous les immeubles, que le comptable ou sa femme, même séparée de biens, a acquis à titre onéreux depuis sa nomination (loi du 5 sept. 1807, art. 4 et 5). La loi présume que ces immeubles ont été acquis avec les deniers de l'Etat; elle réserve cependant à la femme le droit de faire tomber cette présomption, en prouvant que les immeubles ont été acquis avec des deniers à elle appartenant. Tous les autres immeubles du comptable sont atteints par l'hypothèque légale, par conséquent tous les immeubles qui appartenaient au comptable lors de sa nomination et tous ceux qui lui sont advenus depuis à titre de succession ou de donation. Comme on ne peut pas supposer que ces immeubles aient été acquis avec les deniers de l'Etat, la loi les grève au profit de celui-ci d'une garantie moins forte que le privilège.

L'hypothèque légale de l'Etat est soumise à la formalité de l'inscription.

II. *De l'hypothèque légale des communes et des établissements publics.*

1249. A la différence de l'Etat, les communes et les établissements publics n'ont jamais de privilège, mais seulement une hypothèque légale. On admet que cette hypothèque existe aussi au profit des départements.

Elle porte sur les biens *des receveurs et administrateurs comptables.* Le mot *comptable* a d'ailleurs ici le même sens qu'en ce qui concerne l'Etat.

Les établissements *publics* sont ceux qui, relevant directement de l'Etat, du département ou de la commune, peuvent être considérés comme une émanation directe de la puissance publique; tels sont les hospices, les hôpitaux, les bureaux de bienfaisance. Il ne faut pas les confondre avec les établissements d'*utilité publique,* tels que les sociétés de secours mutuel, les congrégations reconnues. Ces derniers ne jouissent pas de l'hypothèque légale.

L'hypothèque légale des communes et des établissements publics est, comme celle de l'Etat, soumise à la formalité de l'inscription. L'une et l'autre ne sont pas susceptibles d'êtres réduites, alors même qu'il aurait été pris inscription sur plus de biens qu'il n'est nécessaire à la sûreté du créancier.

§ II. *Sur quels biens porte l'hypothèque légale.*

1250. « *Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son* » *droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux* » *qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui* » *seront ci-après exprimées* » (art. 2122).

Ainsi l'hypothèque légale est générale, sauf toutefois l'exception relative à l'hypothèque légale de l'Etat, qui ne porte que sur les immeubles des comptables non grevés du privilège. Les hypothèques conventionnelles au contraire sont spéciales.

Pourquoi cette différence? Elle tient à ce que le montant des créances garanties par l'hypothèque conventionnelle est presque toujours déterminé : dans les cas assez rares où il ne l'est pas, les parties peuvent facilement évaluer la créance; il devient ainsi très facile, toutes les fois qu'il s'agit d'une hypothèque conventionnelle, de proportionner exactement l'importance du gage hypothécaire au montant de la créance : une convention librement discutée entre le créancier et le débiteur déterminera les immeubles affectés à l'hypothèque. Au contraire, le montant des créances garanties par l'hypothèque légale est presque toujours plus ou moins indéterminé. Comment connaître, à l'ouverture d'une tutelle, le chiffre des sommes dont le tuteur se trouvera débiteur envers le mineur par son compte de tutelle? Comment connaître, lors de l'entrée en fonctions d'un comptable, l'étendue des créances que l'Etat aura à exercer contre ce comptable à raison des faits relatifs à sa gestion? Enfin, en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, s'il y a certaines créances garanties par cette hypothèque dont le montant est connu lors de la célébration du mariage, comme la dot par exemple, n'en existe-t-il pas d'autres qui sont éventuelles et indéterminées, par exemple les créances résultant des successions ou des donations qui pourront échoir à la femme pendant le cours du mariage, ou des fautes commises par le mari dans la gestion des biens personnels de la femme? Il est donc impossible de déterminer avec précision, lors de la naissance d'une hypothèque légale, l'étendue des créances qu'elle garantira, et c'est pour cela que le législateur a voulu que le gage hypothécaire eût la même indétermination que les créances garanties, c'est-à-dire que l'hypothèque grevât l'entier patrimoine immobilier du débiteur.

L'hypothèque légale atteint, non seulement les immeubles *présents* du débiteur, c'est-à-dire ceux qui lui appartiennent à l'époque où l'hypothèque légale prend naissance, mais aussi ses immeubles *à venir*, c'est-à-dire ceux qui lui adviendront ultérieurement, à quelque titre que ce soit, car la loi ne distingue pas.

L'hypothèque légale atteint même, suivant l'opinion générale, les immeubles qui adviennent au débiteur à une époque où il a perdu la qualité à raison de laquelle il était grevé de l'hypothèque légale, c'est-à-dire les immeubles advenus au mari après la dissolution du mariage, au tuteur après la cessation de la tutelle et au comptable quand il n'est plus investi de sa fonction. La loi dit en effet, dans les termes les plus généraux, que l'hypothèque porte sur tous les immeubles qui pourront appartenir au débiteur dans la suite (art. 2122). — On objecte que l'art. 2121 établit l'hypothèque légale sur les biens du *mari*, du *tuteur*, du *comptable;* or, dit-on, les immeubles, qui adviennent au mari après la dissolution du mariage, au tuteur après la cessation de la tutelle, au comptable après qu'il a été relevé de ses fonctions, ne sont pas les

immeubles d'un mari, d'un tuteur ou d'un comptable; donc, conclut-on, ils ne sont pas grevés de l'hypothèque légale. — On a fort bien répondu que, dans le langage de la loi comme dans celui du monde, les expressions le *mari,* le *tuteur,* le *comptable,* sont fréquemment employées pour désigner l'ex-mari, l'ex-tuteur, l'ex-comptable. V. notamment art. 471 et s., art. 1571.

Mais, si l'hypothèque légale grève tous les immeubles du débiteur sans distinction, elle ne grève pas les immeubles de ses héritiers; car ils ne succèdent pas à la qualité qui est la cause de l'hypothèque légale. Il est donc encore vrai de dire avec Loysel : « Générale hypothèque de tous biens comprend les biens présents et à venir et non ceux des hoirs ». La solution contraire aurait eu pour résultat une extension effrayante des hypothèques légales.

D'ailleurs, après la mort de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit, le bénéfice de l'hypothèque légale qui leur appartenait passe à leurs héritiers, avec les créances dont cette hypothèque était un accessoire.

1251. Tout immeuble, qui entre dans le patrimoine du mari, du tuteur ou du comptable, est immédiatement atteint par l'hypothèque légale, mais tout immeuble, qui sort de ce même patrimoine par une aliénation, n'est pas pour cela affranchi de l'hypothèque; car l'hypothèque légale, comme les autres, est armée du droit de suite, qui permet au créancier de suivre son gage entre les mains du détenteur quel qu'il soit. Cette simple observation fournit la solution d'une question, qu'on s'étonne de ne pas voir résolue d'une manière uniforme par tous les auteurs. Un mari, un tuteur ou un comptable échange un immeuble qui lui appartient contre un autre; l'immeuble qu'il acquiert en contre-échange est atteint par l'hypothèque légale (art. 2122), et celui qu'il a donné en échange n'en est pas affranchi entre les mains de l'acquéreur, à moins cependant qu'il n'ait rempli les formalités de la purge. Un résultat analogue se produirait, si un mari, un tuteur ou un comptable, après avoir vendu un immeuble, en achetait un autre avec le prix provenant de la vente.

1252. Reste une question fort grave. L'hypothèque légale de la femme mariée porte-t-elle sur les conquêts de la communauté?

Quelques auteurs ont soutenu que les conquêts de la communauté sont, quoi qu'il arrive, affranchis de l'hypothèque légale de la femme. On dit en ce sens que l'art. 2121, dont la disposition comporte évidemment l'interprétation restrictive, ne fait porter l'hypothèque légale de la femme que sur les biens *du mari,* non sur ceux de la communauté.

Cette opinion n'a pas triomphé. Les biens de la communauté ne sont-ils pas biens du mari, actuellement pour partie, éventuellement pour la totalité? D'un autre côté le mari a sur les conquêts des pouvoirs presque égaux à ceux d'un propriétaire : il peut, sans le concours de la femme, les aliéner et les grever d'hypothèques conventionnelles; les condamnations prononcées contre lui emportent hypothèque judiciaire sur ces mêmes conquêts. Comprendrait-on qu'ils ne fussent pas atteints par l'hypothèque légale de la femme, qui peut être considérée comme tacitement consentie par le mari? Surtout si l'on songe que souvent ils auront été achetés des deniers de la femme.

Les conquêts sont donc, en principe, grevés de l'hypothèque légale de la femme.

Maintenant, le parti que la femme prendra à la dissolution de la communauté peut-il exercer quelque influence sur l'efficacité de cette hypothèque?

a. Si la femme renonce à la communauté, il n'y a guère de doute. La femme renon-

çante est censée n'avoir jamais été commune en biens; par conséquent les conquêts doivent être considérés comme ayant toujours été la propriété du mari depuis le jour de leur acquisition par la communauté. La femme peut donc exercer sur eux son hypothèque légale dans toute sa plénitude. Elle le peut, même au préjudice d'un créancier hypothécaire tenant ses droits du mari, ou d'un acquéreur. Et toutefois, pour cela deux conditions sont nécessaires. Il faut d'abord qu'à raison du rang de son hypothèque la femme soit préférable au créancier hypothécaire ou à l'acquéreur qu'elle veut évincer. Il faut ensuite qu'elle n'ait pas concouru à la constitution d'hypothèque ou à l'aliénation, car autrement elle devrait être considérée comme ayant tacitement renoncé à son hypothèque légale au profit du créancier hypothécaire ou de l'acquéreur. V. cependant *supra,* n. 1238 *bis.*

On objecte contre cette solution, que la fiction, d'après laquelle la femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune, n'est écrite dans aucun texte; donc, dit-on, cette fiction et les conséquences qu'elle entraîne ne doivent pas être admises; car, au législateur seul il appartient de créer des fictions. — Il est vrai qu'il n'existe pas de texte, disant, au sujet de la femme qui renonce à la communauté, ce que l'art. 785 dit de l'héritier renonçant. Mais, outre qu'il y a la plus grande analogie entre la renonciation à communauté et la renonciation à succession, et que dans notre ancien droit la femme renonçante a toujours été considérée comme n'ayant jamais été commune en biens, nous avons des textes, qui, s'ils ne formulent pas la fiction en toutes lettres, en supposent cependant l'existence. C'est ainsi que, d'après l'art. 1494, la femme renonçante n'est aucunement tenue des obligations contractées par le mari comme chef, lorsqu'elle n'y a pas personnellement concouru. Si elle n'est pas engagée, c'est parce qu'elle n'a pas été représentée par son mari; et, si elle n'a pas été représentée, ce ne peut être que parce qu'elle est censée n'avoir jamais été commune.

On objecte encore que notre solution est destructive du crédit du mari : qui voudra lui acheter un immeuble de la communauté, s'il se voit menacé par l'hypothèque légale de la femme? Il faut renvoyer cette objection au législateur, qui aurait pu en tenir compte, mais qui ne l'a pas fait, et avec raison, croyons-nous. Car, d'une part, la situation du mari relativement aux immeubles de la communauté est exactement semblable à celle qui lui est faite relativement aux immeubles faisant partie de son patrimoine propre; et d'autre part, quoi de plus facile pour l'acquéreur, s'il a des craintes, que d'exiger la renonciation de la femme à son hypothèque légale.

b. Si la femme accepte la communauté, la question devient délicate. La jurisprudence et la grande majorité des auteurs autorisent en pareil cas la femme à se prévaloir de son hypothèque légale sur les conquêts, mais seulement à l'encontre des créanciers chirographaires. La femme ne pourrait donc en aucun cas user de son hypothèque légale contre un acquéreur ou un créancier hypothécaire tenant ses droits du mari, alors même qu'elle n'aurait pas concouru à la vente ou à la constitution d'hypothèque. On fonde cette solution sur les deux arguments suivants :

1° En acceptant la communauté, la femme ratifie les actes accomplis par son mari comme chef de la communauté, c'est-à-dire qu'elle fait ces actes siens, elle se met dans la même situation que si elle y avait personnellement concouru : ce qui entraîne de sa part une renonciation à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur ou du créancier.

2° D'ailleurs, en acceptant la communauté, la femme se soumet à l'obligation de garantie résultant de la vente ou de la constitution d'hypothèque passée par le mari; si donc elle veut user de son hypothèque légale contre le créancier hypothécaire ou contre l'acquéreur, elle se verra repoussée par la maxime *Quem de evictione...*

* Ces raisons sont loin d'être péremptoires.

* Voici les réflexions que la première nous inspire. Le sort des actes accomplis par

le mari seul comme chef de la communauté, dans la limite des pouvoirs très étendus que lui confère l'art. 1421, est tout à fait indépendant de la volonté de la femme. Elle ne les ratifie pas plus en acceptant la communauté qu'elle ne les invalide par sa renonciation. La femme acceptante, qui veut faire valoir son hypothèque légale sur un conquêt aliéné ou hypothéqué par le mari, ne conteste nullement la validité de la vente ou de la constitution d'hypothèque. Elle vient dire seulement : J'ai sur ce même conquêt une hypothèque légale qui est valable elle aussi, et je demande à exercer les droits résultant de cette hypothèque, comme pourrait le faire tout autre créancier hypothécaire. Elle aurait certainement ce droit sur un propre de son mari aliéné ou hypothéqué par celui-ci; comment ne l'aurait-elle pas sur un conquêt? Est-ce donc que le mari, en hypothéquant un conquêt ou en l'aliénant, confère des droits plus solides qu'en hypothéquant ou en aliénant un de ses propres?

* Ce qu'il faudrait démontrer, et au fond c'est bien à cela que revient le premier argument de nos adversaires, c'est que la femme, en acceptant la communauté, s'oblige personnellement envers ceux au profit desquels le mari seul a aliéné ou hypothéqué les conquêts de la communauté, et que par suite elle renonce tacitement à leur profit à son hypothèque légale, comme si elle avait personnellement concouru à l'aliénation ou à la constitution d'hypothèque. Mais d'abord, si ce raisonnement est exact, il s'appliquera aussi bien aux obligations simples contractées par le mari qu'aux obligations hypothécaires. Il faudra donc dire que, par son acceptation, la femme épouse les unes comme les autres, qu'elle s'oblige personnellement, aussi bien envers les créanciers chirographaires qu'envers les créanciers hypothécaires et envers les acquéreurs, et alors comment soutenir qu'elle a le droit d'opposer son hypothèque légale aux créanciers chirographaires? Ensuite il résulte très nettement des art. 1483 et 1487 combinés que, par son acceptation, la femme ne s'oblige pas personnellement envers les créanciers ou autres ayant cause tenant leurs droits du mari seul. Autrement elle ne pourrait opposer son bénéfice d'émolument à personne, puisque ce bénéfice ne lui est accordé que par rapport aux créanciers de la communauté envers lesquels elle n'est pas personnellement obligée.

* En ce qui concerne le second argument, il est bien vrai que la femme trouve dans la communauté une obligation de garantie contractée par le mari envers l'acquéreur ou le créancier hypothécaire. Mais d'abord elle ne s'y soumettrait en tous cas que pour moitié par son acceptation (art. 1482). Et, même dans cette mesure, elle aurait le droit d'échapper aux conséquences de l'obligation de garantie, en opposant son bénéfice d'émolument. Il est clair en effet que, si on prive la femme acceptante du droit de faire valoir son hypothèque légale pour se payer de ses reprises, obligée de sacrifier sa créance de reprises pour exécuter une obligation de la communauté contractée par son mari, elle se trouvera en définitive avoir contribué au paiement de cette obligation au delà de son émolument qui ne comprend que le profit qu'elle retire de la communauté, ses reprises prélevées.

* Il y a dans ce sens un arrêt de la cour de cassation du 29 juillet 1847 (Sir., 47. 1. 493). Cet arrêt décide qu'une femme, mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, peut, même au cas d'acceptation de la communauté, exercer son hypothèque légale, pour le paiement de ses reprises dotales, sur un conquêt de la communauté, au préjudice d'un créancier hypothécaire auquel ce même conquêt a été affecté durant le mariage par le mari et par la femme conjointement. Il y a une partie de cette décision qui s'explique par des considérations particulières au régime dotal, c'est celle qui permet à la femme d'exercer son hypothèque légale au préjudice d'un créancier envers lequel elle s'est personnellement obligée. Sous tout autre régime, la femme devrait être déclarée non recevable, comme ayant tacitement renoncé à son hypothèque légale au profit du créancier. Cette fin de non-recevoir ne peut pas être opposée à une femme dotale, la jurisprudence tenant pour nulle la

renonciation qu'une femme dotale fait à l'hypothèque légale destinée à assurer la reprise de sa dot. Mais l'autre partie de la décision est étrangère à la dotalité, et doit par suite s'appliquer à toute femme mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, les règles de la société d'acquêts jointe au régime dotal étant celles de la communauté (art. 1581) : c'est celle qui autorise la femme à exercer son hypothèque légale contre un créancier hypothécaire tenant ses droits du mari malgré l'acceptation de la communauté. La femme dotale se trouve ici dans la même situation que la femme non dotale, car elle peut renoncer à son hypothèque légale, le mariage une fois dissous.

* V. aussi dans le même sens un arrêt de la cour de Paris de 1867 rapporté dans la *Revue critique* (1868. 2. 462). Les autres monuments de la jurisprudence sont contraires. Paris, 6 juin 1882, Sir., 85. 2. 116.

1253. L'hypothèque légale affectant en principe l'entier patrimoine immobilier du débiteur, il peut se faire qu'il existe une grande disproportion entre la valeur du gage hypothécaire et le montant approximatif des créances garanties par l'hypothèque : c'est ce qui pourra arriver par exemple, si un mineur sans fortune tombe sous la tutelle d'un millionnaire. Alors la loi permet de restreindre l'hypothèque légale à un ou plusieurs immeubles d'une valeur suffisante pour la sûreté du créancier. Cette restriction peut être conventionnelle ou judiciaire, ainsi que nous l'expliquerons sous les art. 2140 à 2145 et 2161, 2162, 2165. C'est à cet ordre d'idées que la loi fait allusion par les mots qui terminent l'art. 2122 : « sous les modifications qui seront » ci-après exprimées ».

SECTION II

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES

1254. Historique. — Ce n'est pas dans le droit romain qu'il faut chercher l'origine de notre hypothèque judiciaire ; on a fait d'inutiles efforts pour la rattacher soit au *pignus prætorium*, soit au *pignus judiciale :* son lien de filiation avec ces deux institutions est à peu près insaisissable. L'hypothèque judiciaire est d'origine française. On sait qu'il était de principe, dans notre ancien droit, que les obligations constatées par acte notarié emportaient de plein droit hypothèque générale sur tous les biens du débiteur. On fut naturellement amené à étendre ce principe aux obligations constatées par acte sous seing privé, lorsqu'elles avaient été reconnues en justice. Cette extension fut consacrée par l'art. 78 de la coutume de Paris de 1510 : « Une cédule privée, qui porte promesse de payer, emporte hypothèque du jour de la confession d'icelle en jugement ». Un dernier pas dans la voie de la logique conduisit plus tard à attacher l'hypothèque aux obligations résultant d'un jugement de condamnation ; il fut fait par l'ordonnance de 1556, art. 53 : « Dès lors, et à l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné pour l'effet et exécution du jugement et arrêt sur lui obtenu ».

Ainsi notre ancien droit, après avoir attaché l'hypothèque générale aux actes notariés, l'étendit, d'abord à l'acte judiciaire de reconnaissance d'écriture, puis aux jugements. Telle fut la filiation des idées. Il faut reconnaître toutefois qu'on avait ainsi fini par où l'on aurait dû commencer. L'autorité qui s'attache aux actes du juge (jugements et actes judiciaires), est certainement plus grande que celle des actes

notariés, et par conséquent l'idée de l'hypothèque générale devait logiquement se présenter tout d'abord comme moyen de sanction des décisions du juge, sauf à l'étendre ensuite par voie d'analogie aux obligations résultant des actes notariés. C'est la marche inverse qui a été suivie.

L'hypothèque judiciaire fut maintenue par notre droit intermédiaire (lois du 9 messidor de l'an III et du 11 brumaire de l'an VII). L'art. 3 de cette dernière loi porte : « L'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription : 1° pour une créance consentie par un acte notarié ; 2° pour celle résultant d'une condamnation judiciaire ; 3° pour celle qui résulte d'un acte privé dont la signature aura été reconnue ou déclarée telle par un jugement... » ; et l'art. 4 ajoute : « L'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors du jugement... ». Ainsi la loi de l'an VII soumet l'hypothèque judiciaire au principe de la *publicité,* et dans une certaine mesure à celui de la *spécialité;* car l'hypothèque n'affecte pas les immeubles à venir.

Le code civil a répudié avec raison l'héritage de notre ancien droit et du droit intermédiaire, relativement à l'hypothèque attachée aux actes notariés ; mais il l'a accepté en ce qui concerne l'hypothèque résultant de l'acte judiciaire de reconnaissance d'écriture et celle attachée aux jugements, qu'il comprend l'une et l'autre sous la dénomination commune d'*hypothèque judiciaire* (art. 2117). En outre, s'écartant des traditions de la loi de brumaire, il a restitué à cette hypothèque le caractère de généralité qu'elle avait dans notre ancien droit, en déclarant qu'elle porterait même sur les immeubles à venir (art. 2123) ; à notre avis, c'est une étape rétrograde.

1255. Textes relatifs à l'hypothèque judiciaire. — Les textes légaux à appliquer sont : 1° l'art. 2117 al. 2, l'art. 2123 et les art. 2161, 2162, 2165 du code civil ; 2° la loi du 3 septembre 1807 ; 3° l'art. 546 du code de procédure civile ; 4° deux avis du conseil d'Etat du 16 thermidor de l'an XII et du 29 octobre 1811. — Nous reproduisons ici le texte de l'art. 2123, que nous serons obligé de mutiler dans les explications qui vont suivre.

Art. 2123. *L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. — Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées. — Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. — L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.*

§ I. *Sources de l'hypothèque judiciaire.*

1256. L'hypothèque judiciaire peut résulter : 1° des jugements ; 2° des actes judiciaires ; 3° des contraintes administratives ; 4° des sentences arbitrales. L'art. 2117, qui définit l'hypothèque judiciaire, n'in-

dique que les deux premières sources : « L'hypothèque judiciaire », dit cet article, « est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires ».

Dans un intérêt de méthode nous commencerons par les sentences arbitrales.

Remarquons, avant d'entrer en matière, que l'hypothèque judiciaire résulte de plein droit des jugements et autres actes dont nous venons de donner l'énumération. Il va sans dire que les protestations du débiteur ne l'empêcheraient pas de prendre naissance.

* Mais le créancier pourrait-il valablement renoncer à cette hypothèque par une convention faite avec le débiteur? La négative a trouvé quelques partisans. Ils se fondent principalement sur ce que l'hypothèque judiciaire est destinée à assurer l'exécution de la chose jugée, et constitue à ce titre une institution d'ordre public, sur laquelle la convention des parties est sans prise (arg. art. 6). — Les défenseurs de cette opinion se sont réfutés eux-mêmes, à notre avis, en reconnaissant la validité de la convention, par laquelle le créancier se serait engagé à ne pas faire inscrire son hypothèque pendant un certain délai. Qui ne voit que, si le créancier peut s'obliger valablement à ne pas faire inscrire son hypothèque pendant 5 ans, 10 ans, 20 ans (car où est la limite?), il peut s'interdire aussi le droit de l'inscrire à tout jamais, ou, ce qui est la même chose, renoncer à son hypothèque, puisqu'elle ne peut devenir efficace que par l'inscription? Comment comprendre d'ailleurs que le créancier, qui pourrait incontestablement renoncer à la créance dont la décision du juge constate l'existence à son profit, ce qui entraînerait par voie de conséquence l'extinction de l'hypothèque (art. 2180), ne puisse pas renoncer à l'accessoire en conservant le principal? Quant à l'argument tiré de l'intérêt public, on remarquera que, si cet intérêt supérieur exige l'exécution de la chose jugée, c'est seulement lorsque le créancier veut s'en prévaloir. De même que la considération d'intérêt public n'empêche pas le créancier de renoncer à la créance dont la justice a reconnu l'existence à son profit, de même elle ne doit pas l'empêcher de renoncer à l'hypothèque qui en est l'accessoire.

N° 1. Sentences arbitrales.

1257. Les arbitres sont des juges du choix des parties ; ce sont de simples particuliers qu'elles chargent du soin de régler leur différend. Les arbitres n'ayant aucun caractère public, leurs sentences ne sauraient avoir la puissance qui s'attache aux décisions des tribunaux. Aussi l'art. 2123 al. 3 dispose-t-il que « *Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution* ». Cette ordonnance, qui est accordée par le président sans formalités, n'est guère autre chose qu'un *visa*.

N° 2. Jugements.

1258. L'hypothèque judiciaire peut résulter, soit des jugements rendus par les tribunaux français, soit de ceux rendus par les tribunaux étrangers.

I. *Jugements des tribunaux français.*

1259. Le jugement est une décision rendue par un tribunal sur une contestation portée devant lui. Le jugement suppose donc un débat,

un procès, et c'est par là qu'il diffère principalement de l'acte judiciaire qui intervient en l'absence de toute contestation.

Malgré l'apparente généralité des art. 2117 et 2123, tous les jugements ne produisent pas l'hypothèque judiciaire, mais seulement les jugements de condamnation, c'est-à-dire ceux qui condamnent à l'exécution d'une obligation et qui constituent par suite l'un des plaideurs créancier de l'autre. C'est bien évident; car l'hypothèque, étant un droit accessoire, ne peut se soutenir qu'autant qu'elle se rattache à une créance (art. 2114). Ainsi le jugement, qui déboute purement et simplement le demandeur de sa prétention, n'emportera pas hypothèque, sauf cependant en ce qui concerne la condamnation aux dépens; il en est de même du jugement, qui statue sur une question de compétence ou sur une question d'état, sauf toujours pour les dépens.

Peu importe d'ailleurs la nature de l'obligation à l'exécution de laquelle l'une des parties est condamnée envers l'autre. L'hypothèque judiciaire résultera donc, non seulement du jugement portant condamnation à exécuter une obligation de payer une somme d'argent, mais aussi du jugement ordonnant l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire; et, dans cette seconde hypothèse, elle garantira le paiement des dommages et intérêts dont le débiteur se rendra passible s'il n'exécute pas son obligation.

* **1260.** Le jugement, qui condamne un comptable à rendre compte, entraîne-t-il l'hypothèque judiciaire sur ses biens? Oui; car le jugement impose ici au comptable une obligation de faire, qui se transformera en dommages et intérêts par son inexécution : c'est précisément de ces dommages et intérêts que l'hypothèque garantira le paiement.

De nombreux auteurs et la jurisprudence à leur suite, ou peut-être à leur tête, vont même plus loin, et décident que l'hypothèque judiciaire, qui résulte du jugement ordonnant une reddition de compte, garantit l'obligation de payer le reliquat qui pourra être dû par le comptable. Le motif qu'on en donne est que l'obligation de payer le reliquat est virtuellement imposée au comptable par le jugement qui le condamne à rendre compte; il y a donc dans ce jugement une condamnation implicite au paiement du reliquat. Cass., 19 août 1878, Sir., 79. 1. 29.

Mais, avec ce raisonnement, le jugement qui condamne un comptable à rendre compte, emportera aussi hypothèque sur les biens de celui à qui le compte est dû. Car le reliquat peut exister au profit du comptable; et, si l'on admet que le jugement qui le condamne à rendre compte lui impose implicitement l'obligation de payer le reliquat qui pourra exister à sa charge, on ne peut guère ne pas admettre que ce même jugement impose à l'oyant-compte l'obligation de payer le reliquat dont il sera reconnu par le résultat du compte débiteur envers le comptable; or cette décision violerait l'art. 2123, qui ne fait résulter l'hypothèque judiciaire des jugements qu'*en faveur de celui qui les a obtenus.*

La vérité est que le jugement, qui condamne un comptable à rendre compte, ne lui impose qu'une seule obligation, celle de rendre son compte, et par suite ce jugement, comme nous l'avons dit, ne produit hypothèque judiciaire que pour les dommages et intérêts qui pourront être dus à raison de l'inexécution de cette obligation. L'obligation de payer le reliquat ne résulte pas du jugement, mais bien de la red-

dition du compte, ou plutôt de cette circonstance que le comptable a reçu plus qu'il n'a dépensé pour le compte de l'oyant, auquel cas le reliquat est à sa charge, ou qu'il a dépensé plus qu'il n'a reçu, auquel cas le reliquat est à la charge de l'oyant. Et la preuve que l'obligation de payer le reliquat ne résulte pas du jugement, c'est que, le compte une fois rendu, l'oyant, créancier d'un reliquat, ne pourra pas en poursuivre le paiement par voie de saisie des biens du débiteur, en vertu du jugement qui a ordonné la reddition du compte ; il faudra qu'il obtienne un autre jugement condamnant le comptable au paiement du reliquat constaté par le compte. C'est ce jugement, mais celui-là seulement, qui entraînera hypothèque judiciaire pour le paiement du reliquat.

Nous n'avons pas parlé jusqu'ici d'un autre argument, qu'invoquent nos adversaires et qui consiste à dire que l'obligation de payer le reliquat se trouve en *germe* dans le jugement ordonnant la reddition du compte. — A supposer que la question de savoir où se trouve le germe d'une obligation puisse avoir quelque influence sur la solution de la question qui nous occupe, il est clair que ce germe se trouverait dans les actes de gestion accomplis par le comptable, et non dans le jugement qui le condamne à en rendre compte.

* **1261.** Si nous n'admettons pas que le jugement, ordonnant une reddition de compte, entraîne hypothèque judiciaire sur les biens du comptable pour le paiement du reliquat, à plus forte raison n'admettons-nous pas que le jugement, qui nomme un administrateur de la fortune d'autrui, entraîne hypothèque judiciaire sur les biens de cet administrateur, pour la garantie des obligations qui résulteront de sa gestion. La question peut se présenter pour le jugement qui nomme un curateur à succession vacante, un séquestre judiciaire, un conseil judiciaire, des syndics d'une faillite... Et en effet, pour qu'un jugement produise une hypothèque judiciaire, il faut, nous l'avons dit, qu'il contienne une condamnation à l'exécution d'une obligation ; or il est manifeste que les jugements, qui nomment un administrateur de la fortune d'autrui, n'imposent aucune obligation : ni celle de gérer, car l'administrateur nommé est libre de ne pas accepter la mission qui lui est confiée, ni par suite celle de rendre compte et de payer le reliquat, car ces dernières supposent que la gestion a été entreprise et par suite acceptée. En d'autres termes, l'obligation de gérer ne résultera pour l'administrateur que de son acceptation, et c'est sa gestion qui entraînera l'obligation de rendre compte et celle de payer le reliquat. D'ailleurs, quand il serait vrai que l'obligation de gérer résulte du jugement qui nomme l'administrateur, l'hypothèque judiciaire ne garantirait en tout cas que le paiement des dommages et intérêts résultant du défaut de gestion, et serait complètement étrangère à l'obligation de rendre compte et de payer le reliquat.

Indiquons encore deux autres arguments à l'appui de notre solution.

Le premier, tiré de l'art. 34 de la loi du 30 juin 1838, est décisif. Ce texte permet au tribunal d'établir, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, une hypothèque, générale ou spéciale, sur les biens de l'administrateur qu'il nomme à la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés. Evidemment, c'est là une disposition de faveur pour l'aliéné ; se comprendrait-elle, si la règle était que le jugement, qui nomme un administrateur de la fortune d'autrui, grève d'une hypothèque générale les biens de cet administrateur ? On aurait donc alors restreint le droit commun à l'égard des aliénés !

Le second argument nous est fourni par les travaux préparatoires. Le projet mentionnait comme sources de l'hypothèque judiciaire « les jugements qui établissent » des gardiens, des séquestres ou des cautions judiciaires » ; or cette partie du texte a été supprimée de la rédaction définitive.

* **1262.** Un mot sur la caution judiciaire, dont il est question dans le passage que nous venons de citer.

Le jugement, qui condamne un débiteur à fournir caution, engendre une hypothèque. Cette hypothèque porte sur les biens du débiteur, et non sur ceux de la caution ; elle garantit le paiement des dommages et intérêts, qui pourront être dus en cas d'inexécution de l'obligation de fournir caution. La caution une fois fournie, l'hypothèque s'éteint, parce que l'obligation est payée.

Quant au jugement qui reçoit une caution judiciaire, c'est-à-dire qui déclare solvable et par suite acceptable la caution fournie par le débiteur en exécution d'une sentence judiciaire qui l'y condamne (c'est à cette hypothèse que fait allusion le passage du projet que nous avons cité tout à l'heure), ce jugement n'entraîne aucune hypothèque : — ni sur les biens du débiteur, car c'est lui qui obtient ce jugement contre le créancier qui conteste la solvabilité de la caution, et l'hypothèque judiciaire n'existe que sur les biens de celui qui est condamné ; ni sur les biens de la caution, car le jugement ne la condamne à rien. Les obligations éventuelles auxquelles se soumet la caution ne résultent pas du jugement, mais de son engagement même, de la soumission qu'elle a faite au greffe du tribunal.

1263. Les jugements portant condamnation entraînent l'hypothèque judiciaire, quelle que soit la juridiction dont ils émanent.

Ainsi l'hypothèque judiciaire résulte, non seulement des jugements de condamnation émanés des juridictions civiles (justices de paix, tribunaux civils, cours d'appel), mais aussi de ceux rendus :

Par les juridictions commerciales, c'est-à-dire par les tribunaux de commerce et même par les conseils de prud'hommes ;

Par les tribunaux criminels, soit au profit d'un particulier pour les réparations civiles, soit au profit de l'Etat pour les amendes ; quant aux frais, le recouvrement en est garanti par un privilège ;

Par les juridictions administratives, ministres, conseils de préfecture...

On voit que les jugements de condamnation, rendus par les juridictions d'exception, entraînent l'hypothèque judiciaire aussi bien que ceux qui émanent des juridictions de droit commun.

Peu importe aussi la forme et le caractère particulier du jugement. Ainsi l'hypothèque judiciaire peut résulter d'un jugement *avant faire droit* aussi bien que d'un jugement *définitif*. Toutefois, c'est ici le lieu de se souvenir qu'un jugement, quel qu'il soit, ne peut entraîner l'hypothèque judiciaire qu'autant qu'il prononce une condamnation ; or, parmi les jugements avant faire droit, le jugement *provisoire* est le seul qui puisse satisfaire à cette condition ; citons comme exemple le jugement condamnant le mari, dans un procès en séparation de corps, à payer à sa femme une provision *ad litem* et une pension alimentaire pendant toute la durée du procès. Quant au jugement *préparatoire* et au jugement *interlocutoire,* ils ne prononcent pas de condamnation proprement dite, mais se bornent à ordonner des mesures d'instruction, par exemple une instruction par écrit (jugement préparatoire) ; une enquête (jugement interlocutoire), et par suite ils ne peuvent en-

traîner l'hypothèque judiciaire. Aussi est-il remarquable que l'art. 2123 ne mentionne que les jugements provisoires.

De même l'hypothèque judiciaire peut résulter d'un jugement en premier ressort, aussi bien que d'un jugement en dernier ressort.

D'un jugement par défaut, aussi bien que d'un jugement contradicdictoire.

Elle résulterait même d'un jugement rendu par un tribunal incompétent, sans qu'il y ait lieu de distinguer, nous le croyons du moins, entre le cas d'incompétence *ratione personæ* et celui d'incompétence *ratione materiæ*.

Et remarquons que l'hypothèque judiciaire, résultant d'un jugement par défaut ou d'un jugement en premier ressort, peut être inscrite immédiatement. Elle pourrait l'être pendant le délai de huitaine, avant l'expiration duquel le jugement ne peut pas être exécuté, et même après l'opposition formée ou l'appel interjeté. L'inscription de l'hypothèque judiciaire est une mesure conservatoire, et non un acte d'exécution ; par conséquent il importe peu qu'au moment où cette inscription est prise l'exécution du jugement soit suspendue.

Mais, bien entendu, le sort de l'hypothèque judiciaire, et par suite de l'inscription qui en aurait été prise, est subordonné au sort de la décision judiciaire d'où elle résulte. L'hypothèque suit toutes les vicissitudes de cette décision judiciaire. Ainsi le jugement, en vertu duquel l'inscription a été prise, a été rétracté sur l'opposition, ou réformé sur l'appel, ou annulé pour cause d'incompétence; l'hypothèque et l'inscription tomberont dans le vide. Si au contraire le jugement est maintenu, l'hypothèque prendra rang à dater du jour où elle a été inscrite, et c'est précisément là l'intérêt qu'il y a de la faire inscrire immédiatement.

* Voici une difficulté qui peut se produire. Un jugement de condamnation est cassé par la cour de cassation ; l'hypothèque judiciaire avait été inscrite ; l'affaire est renvoyée devant un autre tribunal qui statue comme le premier. L'hypothèque judiciaire datera-t-elle de l'inscription prise en vertu du premier jugement, ou seulement de la nouvelle inscription prise en vertu du second ? C'est à cette dernière solution qu'il faut s'en tenir. En effet le premier jugement a été *cassé,* donc mis à néant, et avec lui l'hypothèque qu'il avait produite.

* Même solution, si, un jugement ayant été annulé sur requête civile, le tribunal juge à nouveau l'affaire dans le même sens que la première fois.

Enfin, l'hypothèque judiciaire résulte aussi des jugements *d'expédient* ou jugements convenus. On appelle de ce nom des décisions rendues par un tribunal après un accord établi entre les parties et sur leur demande. Ainsi, un procès s'étant engagé entre un créancier et un débiteur, ils arrivent à s'entendre : le débiteur reconnaît sa dette, et le créancier lui concède un délai pour la payer ; voilà donc les parties d'accord. Eh bien ! les deux avoués rédigeront de concert un projet de jugement, qu'ils soumettront au tribunal et que celui-ci prononcera en

audience publique. Cette décision est en définitive l'œuvre de la volonté des parties; mais, comme elle est revêtue du sceau de la justice, elle entraînera à ce titre l'hypothèque judiciaire.

Les procès-verbaux de conciliation dressés par le juge de paix présentent une certaine analogie avec les jugements d'expédient, et un examen superficiel pourrait permettre de penser qu'ils entraînent aussi l'hypothèque judiciaire. Ce serait une erreur. Ici le juge de paix ne siège pas comme juge, il siège comme conciliateur; sa décision ne sera donc pas un jugement, et ne saurait par suite emporter hypothèque judiciaire. *Adde* arg. art. 54 *in fine* C. pr.

II. *Jugements rendus par les tribunaux étrangers.*

1264. Nous reproduisons de nouveau l'art. 2123 al. 4, qui régit cette matière : « *L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités* ».

La loi désigne ici par une expression défectueuse, *jugements rendus en pays étranger,* les jugements dont elle règle le sort au point de vue de la force hypothécaire. Il se peut qu'un jugement soit rendu en pays étranger par une juridiction française, par exemple par un consul français; un semblable jugement entraînerait certainement l'hypothèque judiciaire en France, tout aussi bien que s'il avait été rendu en France. Ce qui importe ici, c'est la nationalité du tribunal qui a rendu la sentence; on ne se préoccupe pas du lieu où il siège.

L'art. 546 du code de procédure civile emploie une formule beaucoup plus heureuse, lorsque, réglant une matière très voisine de la nôtre, celle de l'exécution des jugements, il dispose : « *Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles* 2123 *et* 2128 *du Code civil* ».

Il est donc bien entendu qu'il s'agit de jugements étrangers, de jugements rendus par des tribunaux étrangers. La question que résout l'art. 2123 al. 4, est celle de savoir s'ils emportent hypothèque en France. La loi répond par une distinction.

a. — Il existe entre la France et la nation dont le jugement émane un traité réglant la question. Il faudra se conformer à ses dispositions. Nous avons des traités de ce genre avec le grand duché de Bade (16 avril 1846), l'Italie (1er septembre 1860), la Suisse (15 juin 1869).

D'après le traité conclu avec le grand duché de Bade, les jugements, rendus par les tribunaux de ce pays, emportent hypothèque en France ; l'inscription de l'hypothèque peut avoir lieu sur la simple présentation d'une expédition légalisée du jugement, accompagnée de l'acte de signification. L'*exequatur* n'est nécessaire que pour

l'exercice du droit hypothécaire (saisie et vente des immeubles hypothéqués, demande en collocation sur le prix).

L'art. 2123 al. 4 met les lois politiques sur la même ligne que les traités. Dans l'état actuel, il n'existe aucune loi politique donnant force hypothécaire en France aux jugements d'une nation étrangère; le texte ne fait donc que consacrer la possibilité de semblables lois.

b. — Il n'existe pas de traité sur la matière entre la France et la nation dont le jugement émane. Alors ce jugement ne pourra emporter hypothèque en France qu'autant qu'il aura été *déclaré exécutoire par un tribunal français.* C'est une conséquence de ce principe que l'autorité d'un souverain expire aux limites de son territoire. Les jugements sont une émanation du droit de souveraineté; ils ne peuvent produire leurs effets, la force hypothécaire comme la force exécutoire, que dans les limites où la souveraineté s'exerce. Etablir en principe que les jugements étrangers auront de plein droit en France la force exécutoire et la force hypothécaire, comme les jugements français, c'eût été consacrer pour ce cas particulier une abdication du droit de souveraineté de la France.

1265. Mais quel sera le rôle du tribunal français appelé à rendre exécutoire un jugement étranger? C'est là une question très grave et très difficile. On paraît toutefois d'accord sur un point : c'est qu'il ne s'agit pas d'une pure formalité à remplir, d'un simple *visa* ou *pareatis*, que le tribunal français devrait donner sans examen. L'art. 2123 confie certainement au tribunal français, chargé de rendre exécutoire le jugement étranger, une mission plus sérieuse. La difficulté est de préciser en quoi elle consiste. Il s'est produit sur ce point trois systèmes principaux.

1266. *Premier système.* Il faut distinguer entre les jugements étrangers, qui prononcent une condamnation contre un Français, et ceux qui prononcent une condamnation contre un étranger.

Ceux qui sont rendus *contre des Français* n'ont aucune vertu en France : ils n'y jouissent même pas de l'autorité de la chose jugée; à plus forte raison ne jouissent-ils pas de la force exécutoire, et ne sont-ils pas susceptibles de produire l'hypothèque sur des immeubles situés en France. Le Français condamné, contre lequel on voudra ramener le jugement à exécution en France, sera donc admis à débattre de nouveau ses droits devant les tribunaux français. Le tribunal, devant lequel l'affaire sera portée, devra juger sans se préoccuper de la décision rendue par le tribunal étranger.

Quant aux jugements étrangers rendus *contre des étrangers,* ils ont en France l'autorité de la chose jugée, et y jouissent de la force exécutoire et de la force hypothécaire, après avoir été déclarés exécutoires par les tribunaux français. C'est à ces jugements seulement que s'appliqueraient les dispositions des art. 2123 C. civ. et 546 C. pr.

Cette distinction résulte, dit-on, de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, que l'on prétend être encore en vigueur : « Les jugements rendus, contrats et obligations reçûs ès royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notredit Royaume; ains tiendront les contrats lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers ».

La première partie de ce texte déclare que les jugements étrangers ne seront pas exécutoires et n'emporteront pas hypothèque en France : disposition toute simple et qui n'est qu'une application de ce principe que *chacun est maître chez soi.*

La deuxième partie est spéciale aux jugements étrangers rendus *contre un Français,* peu importe d'ailleurs qu'ils aient été obtenus par un étranger ou un Français, peu importe aussi que le Français fût demandeur ou défendeur. Le Français, dit l'article, pourra débattre de nouveau ses droits comme entiers ; le jugement étranger n'a donc même pas dans ce cas l'autorité de la chose jugée. C'est un privilège pour les Français.

L'art. 121, ajoute-t-on, était en vigueur à l'époque de la promulgation du code civil ; n'ayant pas été abrogé, il a encore force de loi.

Critique. — Malgré l'autorité qui s'attache au nom de ses défenseurs, ce système semble bien difficile à admettre. D'abord le sens que l'on donne à l'art. 121 est loin d'être certain ; on a élevé des doutes fort graves au sujet de cette interprétation.

On peut contester ensuite que l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 eût force de loi en France, tout au moins force de loi générale, à l'époque de la promulgation du code civil. Plusieurs parlements avaient refusé d'enregistrer l'ordonnance de 1629, et par conséquent elle était sans force dans l'étendue de leur ressort. Pothier dit à plusieurs reprises que cette ordonnance « n'a point été, comme on sait, exécutée en France ». Or comment croire que notre législateur ait entendu consacrer par son silence une disposition qui n'était pas exécutée en France. Est-il bien certain même que notre législateur la connût?

Enfin, même en concédant que l'art. 121 ait véritablement le sens qu'on lui donne et qu'il eût force de loi en France à l'époque de la promulgation du code civil, et sans invoquer d'ailleurs les formules d'abrogation si larges contenues dans l'art. 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII et dans l'art. 1041 du code de procédure civile, est-ce que l'abrogation dudit article ne résulte pas de l'art. 2123 al. 4 du code civil et de l'art. 546 du code de procédure, qui parlent des jugements étrangers dans les termes les plus généraux, sans distinguer, comme on veut le faire, entre ceux rendus en faveur de Français et ceux rendus contre des Français? Est-il raisonnable, en présence de la généralité de ces textes, de soutenir qu'ils ne s'appliquent pas à toute une catégorie de jugements étrangers, à ceux rendus contre des Français? C'est d'autant moins proposable que cette catégorie est justement la plus nombreuse, les jugements étrangers, susceptibles d'exécution et d'hypothèque en France, étant trois fois sur quatre rendus contre des Français, parce que généralement ce sont des Français qui possèdent les biens situés en France. De sorte que la règle formulée par les art. 2123 C. civ. et 546 C. pr. serait en réalité une exception, si son domaine devait se restreindre, comme on le prétend, aux jugements rendus contre des étrangers.

1267. *Deuxième système.* — Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, sans distinction entre ceux rendus contre un Français et ceux rendus contre un étranger, ont par eux-mêmes en France l'autorité de la chose jugée, comme les jugements français ; mais ils n'acquièrent la force exécutoire et la force hypothécaire qu'en vertu d'un *exequatur* donné par un tribunal français.

C'est le tribunal tout entier qui est appelé à donner l'*exequatur,* et non pas seulement le président, comme lorsqu'il s'agit de rendre exécutoire une sentence arbitrale (art. 2123 al. 4). La raison de cette différence est que l'*exequatur* d'une sentence arbitrale n'est guère qu'un *visa,* pour la concession duquel le ministère du président suffit, tandis que l'*exequatur* d'un jugement étranger ne doit être accordé qu'après un examen plus ou moins approfondi du jugement sous les divers points de vue qui suivent : ce jugement émane-t-il bien d'une autorité étrangère régulièrement investie du pouvoir de juger? présente-t-il les caractères extérieurs d'un jugement régulier dans la forme? les voies d'exécution qu'il ordonne sont-elles autorisées par la loi

française? par exemple ne prononce-t-il pas la contrainte par corps dans un cas où la loi française ne l'admet pas? enfin ce jugement ne viole-t-il pas quelqu'une de nos lois d'ordre public, par exemple celle qui ne veut pas qu'on tienne compte pour l'attribution des successions du droit d'aînesse ou du privilège de masculinité? Autant de questions délicates et quelquefois difficiles à résoudre, qui ont paru nécessiter l'intervention du tribunal tout entier. Mais d'ailleurs le tribunal ne doit pas entrer dans l'examen du fond de l'affaire; il ne doit pas, comme le prétend le troisième système, réviser le jugement; car il a l'autorité de la chose jugée.

Voici les principaux arguments de ce système.

C'est le jugement étranger, qui, après avoir reçu l'*exequatur,* produit l'hypothèque judiciaire d'après l'art. 2123; c'est lui qui est ramené à exécution d'après l'art. 546 du code de procédure civile. Or, si le tribunal français chargé d'accorder l'*exequatur* devait, comme on le prétend dans le troisième système que nous exposerons tout à l'heure, *réviser* le jugement, c'est-à-dire l'examiner au fond, juger l'affaire à nouveau, ce ne serait plus le jugement étranger qui s'exécuterait ou qui emporterait l'hypothèque judiciaire, mais bien la décision que le tribunal français lui aurait substituée, un jugement français par conséquent.

2° Le mot *Pareillement,* par lequel débute l'alinéa 4 de l'art. 2123, indique une certaine analogie entre l'hypothèse que le législateur vient de résoudre, celle de l'*exequatur* des sentences arbitrales, et celle sur laquelle il va s'expliquer, relative à l'*exequatur* des jugements étrangers. Or où est l'analogie dans le système de la révision? En quoi le rôle du tribunal, appelé à donner l'*exequatur* à un jugement étranger, ressemblera-t-il au rôle du président appelé à rendre exécutoire une sentence arbitrale, si le tribunal doit juger l'affaire à nouveau?

3° L'art. 546 du code de procédure civile, mettant sur la même ligne les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers, dit que les uns comme les autres « ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les art. 2123 et 2128 du code civil ». Or personne n'a jamais soutenu que les tribunaux français, appelés à rendre exécutoire un acte étranger constatant la convention des parties, aient le droit de réviser l'acte; ils ne peuvent que le vérifier; donc leur rôle doit être le même en ce qui concerne les jugements étrangers.

4° Enfin, au point de vue des relations internationales, le système de la révision, qui est, comme nous allons le voir, celui de la jurisprudence, offre un inconvénient grave, celui de provoquer des mesures de rétorsion contre nous. Ainsi que le dit M. de Vareilles-Sommières dans sa très remarquable monographie sur l'hypothèque judiciaire, p. 136, un grand nombre de législations contiennent, plus ou moins explicitement, à l'égard des jugements rendus par les tribunaux étrangers, la disposition suivante : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, *excepté par les tribunaux français,* ont l'autorité de chose jugée et obtiennent l'exécution (et l'hypothèque) moyennant un *exequatur;* les jugements français n'ont pas l'autorité de chose jugée; le condamné peut débattre ses droits devant nos tribunaux ».

1268. *Troisième système,* ou système de la *révision.* — Les jugements étrangers n'ont en France ni l'autorité de la chose jugée ni la force exécutoire ou hypothécaire. Il en résulte que le tribunal français, appelé à donner l'*exequatur,* doit examiner le jugement quant au fond et rechercher s'il a bien ou mal jugé : ce que l'on exprime en disant qu'il *révise* le jugement. Ce système est consacré par une jurisprudence constante (Cass., 21 août 1882, Sir., 84. 1. 425; Aix, 24 mars, 30 juillet et 3 août 1885, Sir., 87. 2. 217), et dans la doctrine il compte au moins autant de suffrages que le précédent. Voici les raisons qu'on peut faire valoir à son appui.

1° L'art. 2123 ne s'explique pas sur le point de savoir quel est le rôle du tribunal français appelé à donner l'*exequatur;* il dit seulement que le jugement n'emportera

hypothèque qu'autant qu'il sera revêtu de cet *exequatur*. Or la loi, ne limitant pas le pouvoir d'appréciation des juges, leur donne par cela même un pouvoir absolu; toute limitation qu'on prétendrait apporter à ce pouvoir serait nécessairement arbitraire, en l'absence d'un texte qui la détermine. Le tribunal a donc le droit de refuser l'*exequatur*, si, en appréciant au fond le jugement qui lui est soumis, il le trouve mauvais. Il est vrai que le rôle du tribunal, chargé d'accorder l'*exequatur* à un jugement étranger, sera ainsi très différent de celui du président qui rend exécutoire une sentence arbitrale; mais il y a toujours cette analogie que le jugement étranger, comme la sentence arbitrale, ne peut emporter hypothèque qu'après avoir été revêtu de l'*exequatur*, et cela suffit pour expliquer le mot *Pareillement* qui relie l'alinéa 4 de l'art. 2123 à l'alinéa 3.

2° Les principes généraux, auxquels on doit nécessairement faire appel dans le silence de la loi, conduisent au même résultat. Les jugements sont une émanation du droit de souveraineté; ils ne peuvent par conséquent avoir d'effet que dans les limites assignées à la souveraineté; or le droit d'un souverain expire aux limites de son territoire; donc au-delà de ces limites les jugements rendus en son nom sont sans autorité. On doit en conclure que les jugements étrangers ne s'imposent point en France, pas plus que les jugements français hors de France : ce qui implique le droit pour l'autorité chargée en France de contrôler les jugements étrangers, de leur refuser l'*exequatur*, si elle les trouve mal rendus au fond. Les tribunaux français n'ont pas, il est vrai, un droit de contrôle aussi étendu sur les actes étrangers constatant des conventions, mais par une raison toute simple : c'est qu'il s'agit en définitive de sanctionner le résultat de la volonté de deux ou plusieurs particuliers, qui ont choisi librement un fonctionnaire public étranger pour constater la convention par eux formée : ce qui est beaucoup moins grave que de sanctionner la volonté d'un souverain étranger, qui s'est imposée sous forme de jugement aux parties en cause.

3° Enfin qui ne voit les dangers du système, qui reconnaît aux jugements étrangers, sans distinction, l'autorité de la chose jugée en France? Ce système a pour résultat d'obliger nos tribunaux à contresigner, sans avoir d'autre droit que celui de les maudire, des décisions rendues dans des pays où la justice, si on peut lui donner ce nom, n'offre aucune garantie pour les justiciables, et où l'ignorance du juge le disputera souvent à sa partialité. — On craint les mesures de rétorsion! Pour les éviter, il faut user largement des traités avec les nations où la justice est organisée de manière à nous inspirer toute confiance.

Il reste contre le système de la jurisprudence une objection grave, que nous avons indiquée en exposant le deuxième système et que nous n'avons pas encore réfutée. Dans le système de la révision, dit-on, le tribunal français, chargé de statuer sur la demande d'*exequatur*, substitue sa décision à celle du tribunal étranger, et c'est par conséquent la décision du tribunal français qui s'exécute et qui emporte hypothèque. On viole ainsi à la fois l'art. 2123 du code civil et l'art. 546 du code de procédure civile, qui disent positivement, le premier que l'hypothèque résulte du jugement étranger, et le second que c'est le jugement étranger qui s'exécute après avoir été revêtu de l'*exequatur*.

L'objection tombe complètement, si l'on admet que le tribunal français a bien le droit d'examiner le jugement étranger au fond, mais uniquement pour refuser l'*exequatur* si la décision lui paraît mal rendue, sans avoir le droit de substituer dans ce dernier cas une autre décision à celle du tribunal étranger. Car alors de deux choses l'une : ou le tribunal, estimant que le jugement est bien rendu, accordera l'*exequatur*, et alors ce sera bien le jugement étranger qui s'exécutera et qui emportera l'hypothèque; ou bien le tribunal français, trouvant la décision mal rendue, refusera l'*exequatur*, et alors il n'y aura ni hypothèque judiciaire ni exécution en France.

C'est bien ainsi, à notre avis, que les choses doivent se passer. L'objection subsiste dans toute sa force, et nous n'apercevons pas le moyen de la réfuter, si l'on reconnaît au tribunal français, saisi de la demande d'*exequatur*, le droit, pour le cas où il trouve le jugement mal rendu au fond, d'y substituer une autre décision.

N° 3. Actes judiciaires.

1269. L'acte judiciaire, comme le jugement, émane d'un tribunal; mais le jugement survient à l'occasion d'un débat qu'il a pour but de trancher, tandis qu'il en est autrement de l'acte judiciaire, qui, la plupart du temps, se borne à la constatation d'un fait dont l'existence est reconnue par les parties. Les actes judiciaires émanent de la juridiction gracieuse des tribunaux, alors que les jugements appartiennent à la juridiction contentieuse.

Le législateur semble dire dans l'art. 2117 que les actes judiciaires en général emportent l'hypothèque judiciaire (1). Mais, dans l'art. 2123 al. 1, il corrige le vague de sa définition, il précise sa pensée en nous indiquant quels sont les actes ou plutôt quel est l'acte judiciaire qu'il a en vue : « Elle [l'hypothèque judiciaire] résulte aussi des recon» naissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures appo» sées à un acte obligatoire sous seing privé ». Vous avez contracté envers moi une obligation qui a été constatée par acte sous seing privé; par exemple, je vous ai fait un prêt de 1,000 fr. pour lequel vous m'avez souscrit un simple billet. La loi me permet, dès le lendemain si je le veux, de vous assigner en reconnaissance d'écriture. Je puis y avoir intérêt; car l'avenir me réserve peut-être bien des surprises : votre mort me placerait en face de vos héritiers, qui, de bonne ou de mauvaise foi, pourront méconnaître votre signature; puis je suis exposé à voir disparaître les témoins, qui, au cas de dénégation de votre part, pourraient éclairer la justice. Supposons que, devant le juge, vous reconnaissiez votre écriture ou votre signature; le tribunal constatera votre reconnaissance par un jugement, dit *de reconnaissance,* qui n'est pas autre chose qu'un acte judiciaire, car il n'y a pas de débat. Si vous déniez votre écriture ou votre signature, la justice en ordonnera la vérification; et, si l'écriture est reconnue vous appar-

(1) * Il nous paraît très douteux que le législateur ait entendu, comme l'enseignent tous les auteurs, distinguer ici l'hypothèque résultant des actes judiciaires de celle résultant des jugements. Si l'art. 2117 avait voulu établir cette distinction, il aurait dû dire : « L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte *des jugements ou* DES *actes judiciaires* », et non : *des jugements ou actes judiciaires,* formule qui semble bien indiquer que le législateur prend l'expression *actes judiciaires* comme synonyme de *jugements*. Cette induction est confirmée par l'art. 2123, qui ne parle plus des actes judiciaires et qui appelle du nom de *jugement* l'acte judiciaire de reconnaissance d'écritures, langage qui est encore plus accentué dans la loi du 3 septembre 1807. — Nous n'insistons pas, parce que cette observation n'a pas une très grande portée, du moment qu'on est d'accord sur les résultats; elle a seulement l'avantage de justifier le législateur du reproche d'inexactitude qu'on lui adresse, pour avoir donné à entendre dans la définition de l'art. 2117 que tous les actes judiciaires entraînent hypothèque judiciaire, tandis qu'un seul en réalité produit ce résultat, l'acte judiciaire de reconnaissance d'écritures.

tenir, un jugement déclarera que l'écriture est *tenue pour reconnue :* c'est le jugement de vérification. Ainsi, mon action en reconnaissance d'écriture aboutira, en la supposant fondée, à une décision du tribunal déclarant que l'écriture ou la signature est bien la vôtre. Cette décision constituera un acte judiciaire, si vous avez reconnu votre écriture, un jugement dans le cas contraire.

Dans l'un et l'autre cas, j'aurai obtenu un double avantage : 1° désormais mon titre aura le caractère d'authenticité, qui fait la force des actes notariés; 2° votre obligation envers moi sera garantie par une hypothèque judiciaire.

1270. Que la reconnaissance ou la vérification judiciaire d'écritures ait pour résultat de consolider le titre du créancier, de lui donner au point de vue de la preuve une autorité égale à celle de l'acte authentique, on ne peut le trouver surprenant. Mais il est assurément exorbitant que le créancier obtienne en outre une hypothèque judiciaire sur tous les biens du débiteur, alors que celui-ci avait peut-être refusé d'accorder une garantie moindre, celle d'une hypothèque conventionnelle, qui eût été nécessairement spéciale. C'est exorbitant surtout, si l'on reconnaît au créancier le droit de faire inscrire son hypothèque avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette. Car alors on arrivera à ce résultat qu'un débiteur, qui n'a pas voulu accorder une hypothèque conventionnelle à son créancier et qui peut-être remplira ponctuellement son engagement au jour de l'échéance, verra, contrairement à ses prévisions, son crédit ébranlé par une hypothèque générale dont l'inscription annoncera l'existence aux tiers. Sans compter qu'on fournit aux parties un moyen très simple de constituer, et presque sans frais, une hypothèque générale sur les biens du débiteur, alors que par un acte authentique elles ne pourraient constituer qu'une hypothèque spéciale. On leur donne ainsi, d'une part, un moyen facile d'éluder la règle de la spécialité de l'hypothèque, et, d'autre part un moyen de se passer du ministère des notaires. Le code civil paraissait pourtant bien autoriser cette inscription anticipée; mais il a été réformé sur ce point par la loi du 3 septembre 1807, intitulée : *Loi relative aux inscriptions hypothécaires en vertu de jugements rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligations sous seing privé.* L'art. 1 de cette loi est ainsi conçu : « Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur » une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, for- » mée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra » être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, » qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son » exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire ».

Ainsi, le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écritures,

obtenu avant l'échéance ou l'exigibilité d'une obligation sous seing privé, confère hypothèque judiciaire au créancier; mais l'inscription de cette hypothèque ne pourra être prise qu'après l'échéance ou l'exigibilité de la dette. L'exigibilité peut avoir lieu avant l'échéance : elle résulte d'actes qui font perdre au débiteur le bénéfice du terme. V. art. 1188.

Au contraire, l'hypothèque conventionnelle, consentie dans les formes prescrites par l'art. 2127, peut être inscrite et par suite prendre rang avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette; elle conserve ainsi sur l'hypothèque judiciaire un avantage considérable.

Mais il reste toujours une *inelegantia juris,* qui a été signalée par la Faculté de droit de Paris dans l'enquête de 1841. Soient deux créanciers chirographaires, dont la créance vient à échéance à la même époque; la créance de l'un est constatée par un acte sous seing privé, celle de l'autre par un acte authentique. Le premier va pouvoir agir immédiatement en reconnaissance d'écritures, et se procurer ainsi sur les biens du débiteur une hypothèque générale qu'il fera inscrire, s'il le veut, dès le lendemain de l'échéance ou de l'exigibilité de la dette. Le second, au contraire, ne pourra pas agir jusqu'à l'époque de l'échéance ou de l'exigibilité ; car son titre ne comporte pas la procédure de la vérification d'écritures. Tout ce qu'il lui sera possible de faire, c'est d'attaquer le débiteur aussitôt après l'échéance ou l'exigibilité, si celui-ci n'a pas satisfait à son engagement, et d'obtenir contre lui un jugement qui entraînera l'hypothèque judiciaire. Mais il faudra du temps pour obtenir ce jugement, et l'hypothèque qu'il engendrera sera ainsi nécessairement primée par celle du créancier dont le titre était sous seing privé, parce que celle-ci sera inscrite la première. C'est donc le créancier dont le titre est le moins avantageux qui sera préféré.

1271. L'art. 1er de la loi de 1807 se termine par ces mots : *à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire.* Les parties peuvent donc convenir que l'hypothèque judiciaire, résultant de la reconnaissance ou de la vérification d'écritures, sera inscrite avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette. C'est fournir aux parties un moyen bien facile d'éluder la règle qui prohibe l'hypothèque conventionnelle générale : il leur suffira, pour arriver à ce résultat, de constater l'obligation dans la forme sous seing privé et de convenir que l'hypothèque judiciaire résultant de la reconnaissance d'écritures pourra être inscrite immédiatement. Quand il sera démontré que telle a été la volonté des parties, l'hypothèque sera nulle ; car il ne saurait être permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. C'est ce qui arrivera presque toujours. Mais alors pourquoi avoir autorisé une semblable stipulation ?

N° 4. Contraintes administratives.

1272. On appelle *contraintes* des mandements décernés par les agents de certaines administrations contre des redevables de deniers publics ou de droits fiscaux. Les contraintes ont la force exécutoire; elles permettent, comme un titre paré, de saisir et de faire vendre les meubles du débiteur, sauf opposition de la part de celui-ci. L'hypothèque judiciaire y est aussi attachée, toujours sauf l'opposition. L'Etat obtient donc, en vertu des contraintes, les mêmes avantages à peu près que les particuliers en vertu d'un jugement, bien qu'elles ressemblent beaucoup plus à un acte de commandement qu'à un jugement.

* La question de savoir si les contraintes administratives doivent être assimilées aux jugements et emporter à ce titre l'hypothèque judiciaire, donna lieu à des difficultés dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du code civil. Elle fut résolue dans le sens de l'affirmative par deux avis du conseil d'Etat, qui ont acquis force de loi en vertu de leur approbation par le chef de l'Etat et de leur insertion au bulletin officiel : le premier est en date du 16 thermidor an XII, le second, en date du 29 octobre 1811. Il semble bien résulter des termes généraux de ces deux monuments législatifs, que l'hypothèque judiciaire est attachée à toutes les contraintes administratives sans distinction. Rationnellement d'ailleurs, on ne voit guère de motifs pour distinguer. Il y a cependant controverse entre les auteurs en ce qui concerne les contraintes décernées par l'administration des contributions directes; mais on est à peu près d'accord pour reconnaître que l'hypothèque judiciaire est attachée aux contraintes décernées par les administrations des douanes, de l'enregistrement et des domaines, et des contributions indirectes. — La cour de cassation paraît considérer les contraintes décernées par l'administration des douanes comme étant les seules auxquelles l'hypothèque judiciaire soit attachée. Par un arrêt de rejet récent (Cass., 9 novembre 1880, Sir., 81. 1. 304), elle a jugé que les contraintes décernées par l'administration des contributions indirectes n'emportent pas l'hypothèque judiciaire. Mais, à notre avis, les motifs que la cour invoque à l'appui de cette décision devraient conduire à décider également que les contraintes décernées par l'administration des douanes elle-même n'emportent pas l'hypothèque judiciaire.

§ II. *Assiette de l'hypothèque judiciaire.*

1273. L'hypothèque judiciaire est générale, comme l'hypothèque légale de la femme mariée et celle des mineurs et des interdits; elle porte donc sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur : « *Elle peut s'exercer* », dit l'art. 2123 al. 2, « *sur les immeubles actuels* » *du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifica-* » *tions qui seront ci-après exprimées* ». Ces derniers mots font allusion à la réduction de l'hypothèque judiciaire, dont il est question aux art. 2161 et suiv. La loi du 11 brumaire de l'an VII, nous l'avons déjà dit, avait soumis dans une certaine mesure l'hypothèque judiciaire au principe de la spécialité, en décrétant qu'elle porterait seulement sur les immeubles présents du débiteur ; le code civil, à tort selon nous, lui a restitué la généralité qu'elle avait dans notre ancien droit.

* **1274.** Le jugement de condamnation, prononcé contre une femme mariée

sous le régime dotal, entraîne-t-il hypothèque judiciaire sur ses immeubles dotaux inaliénables? Nous établissons à cet égard la règle suivante : Le jugement emportera hypothèque sur tous les immeubles que le créancier pourrait atteindre, indépendamment du jugement, en vertu du droit de gage général que lui confère l'art. 2092, mais non sur ceux qui échappent à ce droit de gage. Le jugement n'a pas en effet pour résultat d'augmenter l'étendue du droit de gage du créancier, en y faisant entrer des biens qui n'y auraient pas été compris sans lui, mais seulement de consolider ce droit de gage, de le fortifier en conférant au créancier une hypothèque et par conséquent un droit de préférence. De là il résulte notamment que le créancier d'une obligation, contractée par la femme dotale pendant le cours du mariage, n'acquerra pas en vertu du jugement de condamnation, qu'il obtiendra contre la femme, l'hypothèque judiciaire sur les immeubles dotaux inaliénables de sa débitrice. Quant aux condamnations obtenues à raison de dettes antérieures au mariage, il y aurait des distinctions à faire, dans lesquelles nous n'entrerons pas.

* **1275.** Mais, si l'inaliénabilité dont un bien du débiteur est frappé peut faire obstacle à ce qu'il soit atteint par l'hypothèque judiciaire, il n'en est pas de même de l'incapacité de ce débiteur. Ainsi le jugement de condamnation, régulièrement obtenu contre un mineur, un interdit ou une personne pourvue d'un conseil judiciaire, entraînerait hypothèque judiciaire sur tous ses immeubles présents ou à venir. Ce n'est pas le débiteur qui hypothèque, c'est la justice ou plutôt la loi, et par conséquent l'incapacité du débiteur importe peu.

* **1276.** L'hypothèque, résultant d'un jugement obtenu contre le mari sous le régime de la communauté, grève-t-elle définitivement les conquêts, de telle sorte qu'elle puisse, après la dissolution et le partage de la communauté, être opposée à la femme sur les biens mis dans son lot ?

Nous croyons qu'il y a lieu d'admettre à cet égard la distinction établie par Pothier.

a. — L'hypothèque, résultant d'une condamnation prononcée contre le mari pendant la durée de la communauté, grève d'une manière définitive les conquêts présents et futurs et les suit après le partage entre les mains de la femme, comme le ferait l'hypothèque conventionnelle qui aurait été consentie par le mari. En effet, dit Pothier, la femme, en acceptant la communauté, « est censée avoir fait en sa qualité de commune tout ce que son mari a fait en qualité de chef de la communauté ».

b. — Quant à l'hypothèque résultant d'une condamnation survenue avant le mariage, elle atteint bien tous les conquêts de la communauté, et par suite le créancier peut, pendant la durée de la communauté, les saisir et les faire vendre pour se payer par préférence sur le prix ; mais, après le partage, le créancier ne peut plus exercer son hypothèque sur les biens mis dans le lot de la femme. « Avant le mariage, dit Pothier, le mari n'a pas pu hypothéquer la part de sa femme, n'y ayant que la qualité de chef de la communauté qu'il n'avait point encore qui eût pu lui donner ce droit ».

« On objectera, ajoute Pothier, qu'il suffit que le mari soit, depuis le contrat, devenu propriétaire de tous les conquêts de la communauté pour le total, pendant un temps, pour que tous lesdits conquêts aient été pour le total frappés de l'hypothèque..... Or le mari l'est devenu pendant le temps de son mariage : donc tous lesdits conquêts sont sujets à cette hypothèque, tant ceux échus à la femme que ceux restés au mari.

« La réponse est que l'hypothèque ne peut avoir plus d'étendue que n'en a le droit de propriété de celui qui l'a constituée et d'où elle dérive. Or le droit de propriété que celui qui a constitué cette hypothèque avait acquis de tous les conquêts de sa communauté, était un droit qui était de nature à se restreindre par la dissolution

et l'acceptation de la communauté à ceux qui lui écherraient par le partage. Donc le droit d'hypothèque, qu'il a constitué sur lesdits biens auxdits créanciers, doit pareillement se restreindre à la part des conquêts qui lui est restée en partage ».

C'est dire en d'autres termes que le partage rétroagit au jour où l'indivision a pris naissance, c'est-à-dire au jour où les divers biens dont la communauté se compose sont devenus la propriété de celle-ci, et qu'en conséquence le mari est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur ceux que le partage attribue à sa femme. Ces biens ne sauraient donc être atteints par l'hypothèque judiciaire, résultant d'une condamnation prononcée contre le mari avant le mariage. On donne effet, il est vrai, sur ces mêmes biens aux hypothèques résultant de jugements rendus pendant le mariage; mais c'est en vertu du principe que la femme est censée ratifier par son acceptation tout ce qui a été fait par son mari comme chef de la communauté. Cette idée de ratification ne saurait s'appliquer aux actes accomplis par le mari à une époque où il n'était pas encore le chef de la communauté. Cpr. *supra,* n. 35.

1277. L'hypothèque résultant d'un jugement de condamnation ne frappe que les immeubles présents et à venir du *débiteur;* elle n'atteint donc pas après sa mort les immeubles de ses héritiers, eussent-ils accepté sa succession purement et simplement.

§ III. *Appréciation de l'hypothèque judiciaire.*

1278. Dressons maintenant, pour terminer, le bilan de l'hypothèque judiciaire.

L'hypothèque judiciaire, attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écritures, paraît condamnée; elle soulève dans la doctrine une réprobation unanime; nous l'avons critiquée, *supra,* n. 1270. On peut presque affirmer que cette hypothèque disparaîtra le jour où notre loi hypothécaire sera révisée.

Quant à l'hypothèque résultant des jugements, son mérite est très discuté.

L'autorité de la chose jugée est une des ancres de la société; loin de l'affaiblir, il faut donc la fortifier par tous les moyens qui peuvent assurer son exécution; or l'hypothèque judiciaire nous apparaît comme l'un des plus efficaces pour atteindre ce but. Le droit de préférence, qu'elle engendre au profit des créanciers diligents, n'a d'ailleurs rien d'injuste : *jura vigilantibus succurrunt.* Enfin l'hypothèque judiciaire est un bienfait pour le débiteur lui-même; car, en procurant au créancier une garantie efficace, qui lui assure son paiement, elle le dispose à être moins âpre et moins exigeant. — Vénérable par la durée de son existence, l'hypothèque judiciaire ne l'est donc pas moins par son but, par les services qu'elle rend à la société et aux débiteurs eux-mêmes. Il faut bien se garder de l'abolir; si elle n'existait pas, il faudrait au contraire la créer!

Ainsi concluent les partisans de l'hypothèque judiciaire.

Ecoutons maintenant ses adversaires.

En vertu de l'hypothèque judiciaire, un créancier obtient sur les autres un droit de préférence qui n'est nullement justifié. En effet c'est le créancier le plus dur, le plus âpre, le plus impitoyable, celui qui a poursuivi le débiteur sans trêve ni merci, qui obtiendra vraisemblablement le premier jugement et par suite la première hypothèque, au préjudice des créanciers plus humains qui ont usé de ménagements. On répond par la maxime *Jura vigilantibus, non dormientibus prosunt.* C'est dire en d'autres termes que l'hypothèque judiciaire sera le prix de la course. Mais la vérité est qu'elle sera le prix du hasard autant que de la vitesse. Le créancier, auquel des circonstances le plus souvent fortuites auront révélé la situation obérée du débiteur, aura pu prendre sur les autres une précieuse avance. Ajoutez que le plus diligent n'est pas toujours sûr d'arriver le premier; mille incidents peuvent faire que le

créancier qui a lancé la première assignation ne soit pas le premier à obtenir jugement.

Est-ce bien sérieusement, d'autre part, qu'on dit l'hypothèque judiciaire favorable au débiteur ? En pratique, chacun sait ce qui arrive : quand le signal de la débâcle est donné, les assignations pleuvent de toutes parts sur la tête du malheureux débiteur, les condamnations se succèdent sans interruption. Et quelle est la raison de cet archarnement des créanciers ? L'hypothèque judiciaire ! Chacun veut essayer de l'obtenir au préjudice des autres.

Enfin qui ne voit que, si l'hypothèque judiciaire assure l'exécution d'un ou de plusieurs jugements rendus contre le débiteur, elle empêche l'exécution des autres ?

Nous sommes de ceux qui pensent que l'hypothèque judiciaire a fait plus de mal que de bien ; et, si nous avions à voter dans les assemblées législatives où pourra se débattre son sort, nous déposerions dans l'urne un bulletin bleu. Du moins nous ne l'admettrions qu'autant que la déconfiture serait organisée sur une base analogue à celle de la faillite : ce qui diminuerait beaucoup ses dangers.

L'institution de l'hypothèque judiciaire a succombé dans un grand nombre de législations européennes, notamment dans les Etats allemands et en Belgique. Le code civil italien l'a maintenue, mais en la restreignant aux immeubles présents. Chez nous, en 1850, sa suppression avait été votée en principe par l'assemblée législative, dans un projet de loi qui ne put aboutir.

SECTION III

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES

§ I. *Généralités.*

1279. Définition.— « *L'hypothèque conventionnelle est celle qui dé-* » *pend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des con-* » *trats* » (art. 2117 al. 3). La convention, par laquelle le propriétaire d'un immeuble l'hypothèque au profit d'un créancier pour sûreté de sa créance, porte le nom de *contrat hypothécaire.* C'est un contrat unilatéral ; en effet une seule des parties, le constituant, y joue un rôle passif. Ce qui n'empêche pas que le consentement du créancier soit nécessaire, quoi que disent certaines décisions judiciaires ; car l'élément le plus indispensable à la perfection de tout contrat, fût-il unilatéral, est le consentement des parties contractantes, c'est-à-dire le concours de leurs volontés. Consentir, c'est *sentire cum alio ;* or, si l'on peut *vouloir* seul, on ne peut pas *consentir* seul. — Autre est la question de savoir si le consentement du créancier peut être tacite ; cette question sera examinée plus loin. Comme on le verra également, le contrat d'hypothèque est un contrat *solennel,* c'est-à-dire soumis à certaines formes prescrites à peine de nullité, et même d'inexistence.

1280. Une hypothèque peut d'ailleurs être consentie pour sûreté d'une obligation quelconque, *pro quacumque obligatione,* pourvu bien entendu qu'elle soit valable civilement ou au moins naturellement.

Une jurisprudence aujourd'hui constante admet la validité de l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert. L'ouverture de crédit est un contrat par lequel une personne, le *créditeur* (généralement un banquier) s'oblige à fournir des

fonds à une autre personne, le *crédité,* au fur et à mesure des demandes que celle-ci lui adressera et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Ordinairement la convention limite le temps, pendant lequel le créditeur s'oblige ainsi à tenir des fonds à la disposition du crédité. Ce contrat n'engendre qu'une créance *éventuelle* au profit du créditeur; car il dépend du crédité de ne pas faire naître la créance, en n'usant pas du crédit. Eh bien! nous disons qu'une hypothèque peut être consentie pour sûreté de cette créance éventuelle.

Conformément au droit commun (art. 2134), ladite hypothèque prendra rang à dater de son inscription, pour toutes les créances que le créditeur acquerra contre le crédité dans les limites du crédit ouvert. Il est vrai, et c'est la raison de douter, que le créditeur ne deviendra créancier du crédité qu'au fur et à mesure des avances qu'il lui fera, et il semble que l'hypothèque ne puisse pas prendre rang à une époque antérieure à la naissance de ces créances. Mais, ainsi qu'on vient de le voir, le créditeur, même avant d'avoir fait des avances au crédité, a contre celui-ci une créance *éventuelle;* car le crédité peut, à chaque instant, fût-ce le lendemain du contrat, forcer le créditeur à lui faire des avances dans les limites du crédit ouvert. Or rien ne s'oppose à ce que l'hypothèque, qui garantit une créance simplement éventuelle, puisse prendre rang immédiatement, ainsi que le prouve l'art. 2135 qui fait dater du jour du mariage l'hypothèque légale de la femme pour ses conventions matrimoniales, lesquelles constituent souvent une créance éventuelle. Telle est d'ailleurs, dans le cas dont il s'agit, l'intention bien certaine des parties contractantes. Enfin cette solution est confirmée par l'art. 4 de la loi du 10 juin 1853, relative aux sociétés de crédit foncier.

1281. La constitution d'hypothèque est d'ailleurs susceptible des diverses modalités qui peuvent affecter les obligations en général : notamment les parties peuvent limiter à un certain temps les effets de l'hypothèque ou la stipuler sous condition. Toutefois serait nulle la clause, dite *de voie parée,* par laquelle le créancier serait autorisé à vendre ou à faire vendre les immeubles hypothéqués, en cas de non-paiement, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière (C. pr., art. 742).

1282. Le plus souvent, l'hypothèque conventionnelle est consentie par le débiteur lui-même ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit constituée par un tiers. Ainsi je puis consentir une hypothèque sur l'immeuble qui m'appartient, pour la garantie de la dette dont Paul est tenu envers vous. En pareil cas, le constituant n'est pas personnellement obligé au paiement de la dette, comme le serait une caution ; il ne peut donc pas être poursuivi sur ses biens autres que ceux qu'il a affectés à l'hypothèque : c'est un cautionnement réel, comme on le dit quelquefois.

§ II. *Conditions de fond et de forme, requises pour l'existence ou la validité du contrat hypothécaire.*

N° 1. Conditions de fond.

1283. Trois conditions sont requises, au fond, pour l'existence ou la validité du contrat hypothécaire. Il faut : 1° que le constituant soit propriétaire des biens qu'il s'agit d'hypothéquer; 2° qu'il soit capable de les aliéner; 3° que l'hypothèque soit spéciale.

I. Première condition. *Propriété du constituant.*

1284. Le constituant doit être propriétaire des biens qu'il s'agit d'hypothéquer. Cette condition est sous-entendue dans l'art. 2124 et exprimée incidemment dans l'art. 2129 par les mots *actuellement appartenant au débiteur.* Elle se justifie facilement. En effet l'hypothèque est un démembrement du droit de propriété (*supra,* n. 1193); or il faut nécessairement être propriétaire pour pouvoir démembrer la propriété, ce qui équivaut à l'aliéner partiellement. *Nemo dat quod non habet.*

Du principe qu'il faut être propriétaire d'un immeuble pour pouvoir l'hypothéquer, résulte cette conséquence que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle ; et on admet en général qu'une semblable convention serait nulle de nullité radicale et absolue, inexistante. Cette doctrine, en la supposant fondée, conduit aux déductions suivantes :

1° L'acquisition ultérieure de la propriété par le constituant ne validera pas la constitution d'hypothèque. Cette conséquence, et en même temps le principe d'où elle découle, paraît bien résulter de l'art. 2129 al. 2, qui interdit l'hypothèque des biens à venir. La prohibition, étant conçue dans les termes les plus généraux, rend impossible, non seulement la constitution d'hypothèque qui porterait sur la généralité des biens à venir, mais aussi celle qui serait consentie sur un bien à venir déterminé pour le cas où le constituant en deviendrait propriétaire plus tard ;

2° L'hypothèque de la chose d'autrui ne sera pas validée non plus par la ratification du véritable propriétaire ;

3° Si le constituant devient l'héritier du propriétaire, ou réciproquement, le vice de la constitution d'hypothèque ne sera pas purgé, parce qu'il est irréparable ;

4° L'inexistence de la constitution d'hypothèque portant sur la chose d'autrui peut être proposée par tout intéressé.

1285. Pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il n'est pas nécessaire d'en être propriétaire incommutable. Celui qui a un droit conditionnel ou résoluble ou rescindable sur un immeuble, peut le grever d'une hypothèque; seulement elle demeurera soumise à toutes les vicissitudes du droit du constituant. C'est ce que dit l'art. 2125 : « *Ceux » qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou » résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir » qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même resci- » sion* ».

Parcourons successivement les différentes applications que ce texte fait de notre principe.

a. — Propriétaire sous condition suspensive. L'hypothèque constituée sur un immeuble par celui qui en est propriétaire sous une condition suspensive, ne tiendra que si la condition se réalise. L'hypothèque est donc conditionnelle, comme l'est le droit de propriété du constituant : ce qui n'est qu'une application toute simple de la maxime *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* On peut citer comme exemples : 1° l'hypothèque consentie par le vendeur à réméré d'un immeuble, qui en est propriétaire sous cette condition suspensive : *si le droit de réméré est exercé;* 2° l'hypothèque établie par l'un des copropriétaires d'un immeuble indivis pendant

la durée de l'indivision; chacun d'eux en effet est propriétaire dudit immeuble sous la condition qu'il l'obtiendra dans son lot par le partage ou qu'il en deviendra adjudicataire sur licitation (arg. art. 883). Maintenant, si cette condition se réalise, la question de savoir si l'hypothèque portera sur tout l'immeuble ou seulement sur la part qui appartenait au constituant lors de la constitution, dépend de la volonté des parties, que l'on appréciera d'après les termes dans lesquels la constitution a été faite.

b. — Propriétaire sous condition résolutoire. L'hypothèque constituée sur un immeuble par celui qui n'en est propriétaire que sous une condition résolutoire, tombera si cette condition se réalise, conformément à la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* Telle serait l'hypothèque consentie par l'acheteur *à réméré* d'un immeuble : elle sera résolue, si le vendeur exerce le réméré; car alors l'acheteur sera censé n'avoir jamais été propriétaire, et l'hypothèque par lui consentie se trouvera ainsi émaner *a non domino.*

Toutefois, la résolution ne produit ce résultat qu'autant qu'elle s'opère avec effet rétroactif, *ut ex tunc,* comme dans l'exemple précité. La résolution du droit du constituant, qui se produirait sans effet rétroactif, *ut ex nunc,* laisserait subsister les hypothèques provenant de son chef. On peut citer comme exemple le cas de révocation pour cause d'ingratitude. V. art. 958.

c. — Propriétaire dont le droit est sujet à rescision. Il ne peut constituer qu'une hypothèque sujette aux chances de rescision qui menacent son droit. Ainsi l'hypothèque consentie par l'acheteur d'un immeuble, tombera, si le vendeur fait rescinder la vente pour lésion de plus des sept douzièmes. De même l'hypothèque, constituée par un cohéritier sur un immeuble mis dans son lot, sera considérée comme non avenue, si, le partage ayant été rescindé pour cause de lésion de plus du quart, l'immeuble est mis par un nouveau partage dans le lot d'un autre héritier.

II. Deuxième condition. *Capacité d'aliéner.*

1286. Pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il faut avoir la capacité de l'aliéner. « *Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être » consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles » qu'ils y soumettent* », dit l'art. 2124. La raison en est que l'hypothèque, si elle n'est pas une aliénation, en contient tout au moins le germe; car l'expropriation forcée est son dénoûment final, si la dette n'est pas payée à l'échéance : ce qui a fait dire à un de nos anciens que « l'hypothèque a le venin à la queue ».

1287. Tout propriétaire n'est pas capable d'aliéner, et par suite notre deuxième condition ne se confond pas avec la première. Les personnes incapables d'aliéner et par cela même d'hypothéquer sont les femmes mariées, les mineurs, les interdits et les personnes soumises à un conseil judiciaire.

A. *Femmes mariées.* La femme mariée est incapable d'aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari ou de la justice; donc elle ne peut les hypothéquer sans la même autorisation. Cette règle s'applique même à la femme séparée de biens ou de corps (art. 217).

Mais, tout au moins, la femme séparée contractuellement ou judiciairement ne peut-elle pas, sans autorisation, hypothéquer ses immeubles pour la garantie des obliga-

tions qu'elle contracte dans les limites de son droit d'administration? On se souvient que l'autorisation n'est pas requise pour la validité de semblables obligations, et qu'elles sont exécutoires sur tous les biens de la femme, même sur ses immeubles, qu'elle aliène ainsi éventuellement en s'obligeant (*supra*, n. 186-*f*). Or ne pourrait-on pas dire : puisque la femme séparée peut aliéner indirectement ses immeubles en s'obligeant dans les limites de son droit d'administration, et cela sans autorisation, pourquoi ne pourrait-elle pas, sans autorisation également, affecter ses immeubles par hypothèque à la garantie de ces obligations? Ce raisonnement serait irréfutable, si la loi mesurait la capacité d'hypothéquer sur celle de s'obliger; mais nous voyons qu'au contraire elle mesure la capacité d'hypothéquer sur celle d'aliéner (art. 2124); or la femme, même séparée, ne peut aliéner ses immeubles sans autorisation (art. 217 et 1449); donc, sans cette même autorisation, elle ne peut pas les hypothéquer. Cela est décisif.

La femme commerçante peut, sans autorisation, et sauf l'exception relative au cas où elle est mariée sous le régime dotal, soit aliéner ses immeubles, soit les hypothéquer pour les besoins de son commerce (art. 7 al. 1, C. co.). La capacité d'aliéner et celle d'hypothéquer marchent donc ici de pair, et par conséquent nous sommes en présence d'une application de la règle.

B. *Mineur*. Le mineur n'a pas la capacité d'aliéner ses immeubles (art. 1124); donc il ne peut pas les hypothéquer.

Cette règle s'applique même au mineur émancipé. Bien qu'il puisse valablement s'obliger dans les limites de son droit d'administration (art. 481), il ne peut pas, pour la garantie de ces obligations, hypothéquer ses immeubles ; car la loi, ainsi que nous venons de le dire tout à l'heure au sujet de la femme séparée, mesure la capacité d'hypothéquer sur celle d'aliéner, et non sur celle de s'obliger.

C. *Interdits*. Les interdits ne peuvent pas aliéner leurs immeubles (arg. art. 502); donc ils ne peuvent pas les hypothéquer. Cette règle s'applique aux interdits légalement comme aux interdits judiciairement.

D. *Personnes placées sous conseil*. Elles ne peuvent, sans l'assistance de leur conseil, ni aliéner leurs immeubles ni les hypothéquer (art. 499 et 513).

1288. L'hypothèque, consentie par un mineur, une femme mariée, un interdit ou une personne pourvue d'un conseil judiciaire, n'est pas inexistante, mais seulement nulle ou annulable. C'est le droit commun pour les actes passés par un incapable. De là plusieurs conséquences, et entre autres les deux suivantes :

1° La nullité de l'hypothèque ne peut être proposée que par l'incapable qui l'a consentie (arg. art. 1125);

2° L'hypothèque est susceptible de confirmation ou ratification de la part de l'incapable, quand son incapacité a cessé. Mais cette confirmation, du moins quand elle est expresse, ne peut pas avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers (t. II, n. 1250).

1289. Nous avons à dessein omis les faillis dans l'énumération des incapables que nous venons de donner. Cependant le failli ne peut, à partir du jugement décla-

ratif de la faillite, aliéner ses biens ni par suite les hypothéquer. Mais il s'agit pour lui d'une *indisponibilité,* et non d'une *incapacité.* Le failli conserve sa pleine capacité civile ; seulement, pour l'empêcher de porter atteinte au gage de ses créanciers, la loi le dessaisit de l'administration de tous ses biens (C. co., art. 443), dont il perd le droit de disposer au préjudice de la masse. V. aussi loi du 4 mars 1889 art. 5.

La loi frappe même de nullité les hypothèques consenties par le failli depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui précèdent, lorsque ces hypothèques ont été constituées pour la garantie de dettes *antérieurement contractées* (C. co., art. 446). Que si elles l'ont été pour la garantie de dettes *actuellement contractées,* elles peuvent être annulées, suivant les circonstances, si les créanciers en faveur desquels elles ont été constituées ont traité avec le failli, connaissant la cessation de ses paiements (C. co., art. 447. V. aussi loi du 4 mars 1889 art. 5 et 19).

1290. La règle, qu'il faut être capable d'aliéner pour pouvoir hypothéquer, souffre deux exceptions.

1° Aux termes des art. 1507 et 1508, le mari peut hypothéquer, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle ils ont été ameublis, les immeubles de sa femme, qui ont été l'objet d'un ameublissement déterminé de la deuxième variété ou d'un ameublissement indéterminé, et cependant il ne peut aucunement aliéner ces mêmes immeubles, (*supra,* n. n. 274 et 275).

2° Le mineur commerçant peut hypothéquer ses immeubles pour les besoins de son commerce, bien qu'il ne puisse pas les aliéner, du moins sans remplir les formalités prescrites par le droit commun (C. co., art. 6). Le mineur commerçant se trouve ainsi avoir une capacité moins étendue que la femme mariée commerçante, qui peut, sans autorisation, non seulement hypothéquer ses immeubles, mais encore les aliéner pour les besoins de son commerce.

1291. Aux termes de l'art. 2126 : « *Les biens des mineurs, des interdits, et ceux » des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent » être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en » vertu de jugements* ».

Ce texte est assez obscur. D'après l'opinion générale, les mots *pour les causes et dans les formes établies par la loi* se réfèrent aux biens des mineurs et des interdits, et nous renvoient ainsi aux art. 457, 458 et 509, où sont indiqués les cas dans lesquels les biens des mineurs et des interdits peuvent être hypothéqués et les formes auxquelles la constitution d'hypothèque est soumise. Quant aux mots *ou en vertu de jugements,* qui terminent l'article, il se réfèreraient aux biens des absents dont la possession n'a été déférée que provisoirement, et signifieraient que les envoyés en possession provisoire ne peuvent hypothéquer les biens de l'absent qu'en vertu d'une décision judiciaire qui les y autorise (v. art. 128); il est difficile de croire que ces mots fassent allusion à l'hypothèque judiciaire, car il ne s'agit dans toute la section que de l'hypothèque conventionnelle. En ce qui concerne les envoyés en possession définitive, on sait qu'ils peuvent hypothéquer et même aliéner les biens de l'absent sans autorisation judiciaire. — En un mot, l'art. 2126 doit être traduit de la manière suivante : « Les biens des mineurs et des interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi. Ceux des absents, tant que la possession n'en a été déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués

qu'en vertu d'une autorisation judiciaire ». Telle était à peu près la rédaction qui avait été substituée à celle de l'art. 2126, lors de la troisième délibération du projet de réforme hypothécaire de 1851.

III. Troisième condition. *Spécialité de l'hypothèque.*

1292. La loi veut que le contrat hypothécaire soit conçu de manière à permettre d'apprécier exactement l'étendue de la brèche, que la constitution de l'hypothèque ouvre dans le crédit hypothécaire du débiteur. Pour cela, il faut que le contrat fasse connaître, d'une part, quels sont les immeubles affectés à l'hypothèque, et d'autre part, quel est le montant de la créance garantie par l'hypothèque. Cette double indication réalise ce qu'on appelle la *spécialité*. La première constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, la seconde, la spécialité quant à la créance hypothécaire. Nous allons les étudier successivement.

Le principe de la spécialité a été inauguré par la loi du 11 brumaire de l'an VII. Notre ancien droit autorisait la constitution d'hypothèques générales, et, comme il était devenu de style de stipuler une hypothèque de ce genre dans tous les actes notariés constatant des obligations, on avait fini par sous-entendre cette stipulation. De là cette règle de notre ancien droit, que les actes notariés, constatant des obligations, emportaient de plein droit hypothèque générale sur tous les biens du débiteur. « On avait pensé, dit Loyseau, qu'il était bien raisonnable de faire le débiteur bon payeur par tous les moyens possibles ».

Le principe de la généralité de l'hypothèque conventionnelle avait parmi nos législateurs des partisans nombreux et convaincus, et ce n'est qu'à la suite d'une lutte très vive, dont l'issue a été principalement déterminée par l'énergie du tribunal de cassation, que le principe opposé, celui de la spécialité, a pu pénétrer dans notre code civil. Nos lois y ont gagné; car la généralité des hypothèques offre de graves inconvénients au triple point de vue du débiteur, de ses créanciers et de la société.— Au point de vue du débiteur, qu'il convient de protéger contre la facilité avec laquelle il hypothèquerait la généralité de ses biens à la sûreté d'une même dette, ne conservant plus la libre disposition d'aucun. — Au point de vue des créanciers : le principe de la généralité des hypothèques conduit en effet à des ordres d'une complication extrême, entraînant des frais énormes, à cause du concours sur les mêmes biens d'un grand nombre de créanciers; on évite en partie cet inconvénient avec le principe de la spécialité, qui a ordinairement pour résultat d'assigner à chaque créancier un gage distinct et de lui faire gagner ainsi en certitude ce qu'il perd en étendue.— Enfin au point de vue de l'intérêt général; car, avec le principe de la généralité de l'hypothèque, la fortune immobilière est rapidement grevée et frappée d'une sorte d'immobilité.

1. *De la spécialité quant au gage hypothécaire.*

1293. La spécialité quant au gage hypothécaire consiste dans la désignation précise de l'immeuble ou des immeubles grevés de l'hypothèque. L'art. 2129 va nous dire quels sont les éléments dont elle se compose : « *Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui,* » *soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un* » *acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situa-*

» *tion de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur,* » *sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses* » *biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque. — Les* » *biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués* ».

La spécialité quant au gage hypothécaire se compose donc d'un double élément : 1° indication de la nature des immeubles hypothéqués ; 2° indication de leur situation.

1° Il faut indiquer la *nature* de tous et de chacun des immeubles hypothéqués, ou, comme le dit l'art. 2148, leur *espèce*. Ces deux expressions, qui sont synonymes, signifient qu'il faut désigner d'une manière précise chaque bien hypothéqué. Ainsi on dira si c'est une propriété bâtie ou non bâtie, et dans ce dernier cas on spécifiera la nature du terrain : terres labourables, bois, prés, vignes... Bien que la loi ne l'exige pas, il est bon de mentionner, d'une manière approximative au moins, la contenance de chaque immeuble hypothéqué, qui se trouve ainsi mieux individualisé. Si l'hypothèque est établie sur un domaine, il n'est pas nécessaire d'indiquer chacune des pièces de terre qu'il comprend, mais seulement le nom du domaine, en y joignant l'indication de la nature des terrains dont il se compose, et, comme on le verra plus loin, des tenants et aboutissants.

La convention d'hypothèque serait nulle, s'il était dit d'une manière générale dans l'acte constitutif que le débiteur hypothèque tous ses immeubles situés *dans telle commune,* ou à plus forte raison tous ses immeubles situés *dans l'arrondissement du bureau,* ou *dans le département.* Une semblable formule ne désigne pas *spécialement,* comme le veut la loi, la nature de *chacun* des immeubles hypothéqués. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens ; mais celle des cours d'appel paraît incliner en sens contraire. Le principal motif qu'elles invoquent est que la constitution, faite dans les termes généraux qui viennent d'être rapportés, ne peut pas induire les tiers en erreur, puisqu'elle leur apprend que tous les immeubles que le débiteur possède dans la commune ou dans l'arrondissement du bureau sont atteints par l'hypothèque. — D'abord cela n'est pas complètement exact. La constitution d'hypothèque ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors de la constitution ; ceux qui lui adviendront plus tard y échappent. Eh bien ! comment une constitution d'hypothèque, faite dans les termes généraux que nous venons de rapporter, permettra-t-elle aux tiers de distinguer les immeubles qui appartenaient au débiteur lors de la constitution, seuls atteints par l'hypothèque, de ceux qui lui sont advenus depuis? D'autre part, on oublie que la spécialité n'a pas seulement été requise dans l'intérêt des tiers, mais aussi dans l'intérêt du débiteur, dont la loi veut que l'attention soit appelée sur chacun des biens qu'il hypothèque, afin qu'il ne grève pas inutilement son patrimoine par une constitution générale.

Il nous paraît même très douteux que la constitution d'hypothèque satisfasse aux exigences de la loi et que par suite elle soit valable, lorsqu'elle est conçue dans les termes suivants : « A la sûreté de ladite créance le débiteur hypothèque tous les biens qu'il possède dans la commune de N., consistant en maisons, manufactures, terres labourables, bois, prés, vignes et autres natures de propriété ». Est-ce là la désignation *nominative* dont parle l'art. 2129 *in fine?* Une constitution faite dans ces termes permettra-t-elle aux tiers, ici encore, de distinguer les immeubles qui appartenaient

au débiteur lors de la constitution, et qui par suite sont soumis à l'hypothèque, de ceux qui, lui étant advenus plus tard, n'y sont pas compris? La jurisprudence, même celle de la cour de cassation, semble cependant considérer une semblable constitution d'hypothèque comme satisfaisant aux exigences de la loi, et par suite comme valable.

2° Il faut indiquer dans l'acte constitutif d'hypothèque la situation des biens hypothéqués. Le plus prudent, pour satisfaire pleinement à cette condition, est d'indiquer, non seulement la commune dans laquelle les biens sont situés, mais encore leurs tenants et aboutissants (arg. art. 64 C. pr.). On les individualise ainsi d'une manière aussi complète que possible.

1294. La nullité, résultant du défaut de spécialité quant au gage hypothécaire, peut incontestablement être invoquée par les tiers qui ont intérêt à faire écarter l'hypothèque, par exemple par des créanciers hypothécaires de date postérieure. Peut-elle l'être aussi par le débiteur ? La jurisprudence paraît incliner vers la négative. N'est-ce pas oublier que la spécialité quant au gage hypothécaire a été exigée dans l'intérêt du débiteur, non moins que dans l'intérêt des tiers, et que, dans le silence de la loi, tous ceux en faveur desquels une nullité est édictée doivent pouvoir l'invoquer.

1295. Quand une constitution d'hypothèque a été déclarée nulle pour inobservation des règles relatives à la spécialité, le créancier peut exiger une autre hypothèque ; car la constitution faite par le débiteur, bien qu'elle soit nulle, implique la promesse de constituer une hypothèque valable. Si le débiteur refuse de fournir cette nouvelle hypothèque, il perd le bénéfice du terme (arg. art. 1188) : ce qui permet au créancier d'agir immédiatement contre lui et d'obtenir un jugement de condamnation d'où résultera une hypothèque générale sur tous ses biens.

1296. Ce n'est pas seulement dans l'acte constitutif de l'hypothèque que doit exister la spécialité quant au gage hypothécaire ; elle est requise aussi dans l'inscription, comme nous le verrons sous l'art. 2148 al. 5. La spécialité, que la loi exige dans l'acte constitutif d'hypothèque, sert ainsi de préparation à celle de l'inscription. Mais ce n'est pas à dire que le vice, résultant de l'absence de spécialité dans le contrat hypothécaire, puisse être purgé par l'inscription. En d'autres termes, si le contrat hypothécaire est nul pour défaut de spécialité, la nullité ne sera pas couverte par cette circonstance que la spécialité existe dans l'inscription. En effet, on ne peut prendre une inscription efficace qu'en vertu d'un titre constitutif d'hypothèque valable. La loi exige la spécialité quant au gage hypothécaire, dans le contrat d'hypothèque, d'une part, et dans l'inscription, d'autre part. Si la spécialité existe dans l'inscription sans exister dans le contrat, ou en sens inverse dans le contrat mais non dans l'inscription, l'hypothèque est inefficace.

1297. Le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire ne fait pas obstacle à ce que le débiteur hypothèque tous ses biens présents, mais à la condition de désigner nominativement chacun de ces biens dans l'acte constitutif. Une constitution d'hypothèque faite en bloc sur tous les biens présents serait nulle (art. 2129).

1298. Prohibition de l'hypothèque des biens à venir. — L'art. 2129 *in fine* formule une règle qui se rattache dans une certaine mesure au principe de la spécialité : « *Les biens à venir ne peuvent pas* » *être hypothéqués* ».

On ne conçoit guère l'hypothèque des biens à venir, c'est-à-dire de ceux sur lesquels le débiteur n'a actuellement aucun droit, mais qu'il espère acquérir plus tard, que comme affectant tous ces biens en bloc, d'une manière générale. Mais alors comment serait-il possible d'indiquer, dans l'acte constitutif de l'hypothèque, la nature et la situation de chacun de ces biens, puisqu'on ne sait quels ils sont?

Remarquons d'ailleurs que la prohibition d'hypothéquer les biens à venir est formulée par la loi dans les termes les plus généraux; par conséquent la constitution d'hypothèque portant sur un bien à venir serait nulle, alors même qu'elle satisferait au principe de la spécialité. Telle serait l'hypothèque consentie par un fils sur un immeuble déterminé appartenant à son père, qu'il espère acquérir bientôt à titre de succession; la loi ne permet pas d'escompter ainsi à l'avance une succession future. Et l'hypothèque constituée dans ces conditions serait radicalement nulle, comme l'hypothèque de la chose d'autrui (*supra*, n. 1284); la nullité ne serait pas couverte par l'acquisition que le constituant ferait ultérieurement de la propriété du bien hypothéqué.

Nous venons de dire que les biens à venir sont ceux sur lesquels le débiteur n'a aucun droit, mais seulement une espérance plus ou moins fondée, au moment de la constitution d'hypothèque. Il ne faut donc pas comprendre parmi les biens à venir, qui ne peuvent pas être hypothéqués, ceux sur lesquels le débiteur a un droit conditionnel susceptible de se réaliser avec effet rétroactif.

1299. Exceptions à la prohibition. — La règle, que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués, souffre deux exceptions : l'une indiquée par l'art. 2130, l'autre par l'art. 2131.

1300. Première exception. « *Néanmoins, si les biens présents et libres* » *du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en* » *exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il* » *acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions* » (art. 2130).

Cette disposition est très critiquée. Dans son rapport sur le projet de réforme hypothécaire que l'on élaborait en 1850, M. de Vatimesnil disait : « La faculté accordée par l'art. 2130 est presque nulle dans la pratique des affaires, et, si l'on en usait, elle serait peu morale. Quel est, en effet, l'individu qui peut se faire un moyen de crédit de ses biens à venir? En général, c'est le fils de famille, qui escompte ainsi d'avance la succession de ses parents. Et quels sont les hommes qui peuvent consentir à lui prêter sur un gage aussi éventuel? Trop souvent des usuriers qui trouvent, dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses, l'équivalent du risque auquel ils s'exposent ».

1301. Deux conditions sont requises par l'art. 2130 pour la validité de l'hypothèque des biens à venir.

1° Il faut que les biens présents du débiteur, déduction faite des charges dont ils sont déjà grevés, soient insuffisants pour la sûreté de la créance. La loi ne veut pas que le débiteur demande à l'avenir des ressources que le présent peut aisément lui fournir.

2° Il faut que l'insuffisance des biens présents soit exprimée.

Ce sont là deux conditions distinctes, que la loi exige cumulativement. Il faut en

conclure que, si le débiteur avait faussement déclaré l'insuffisance de ses biens présents, l'hypothèque par lui consentie sur ses biens à venir serait nulle. La nullité pourrait être invoquée par tout intéressé, et notamment par les tiers acquéreurs. La solution contraire supprimerait en réalité la première condition.

1302. Le débiteur qui n'a pas de biens présents peut-il hypothéquer ses biens à venir? La plupart des auteurs et la jurisprudence admettent la négative. On se fonde sur ce que la loi n'autorise l'hypothèque des biens à venir qu'en cas d'insuffisance des biens présents : ce qui suppose, dit-on, que le débiteur a des biens présents. — Nous répondons : La loi n'autorise l'hypothèque des biens à venir qu'en cas d'insuffisance des biens *présents* et *libres* du débiteur (art. 2130) : ce qui suppose que le débiteur a, non seulement des biens *présents,* mais aussi des biens *libres ;* donc, si le texte de la loi fait obstacle à ce que le débiteur qui n'a pas de biens *présents* puisse hypothéquer ses biens à venir, il fait obstacle aussi à ce que pareille hypothèque puisse être consentie par le débiteur qui n'a pas de biens *libres,* c'est-à-dire dont les biens présents sont hypothéqués pour plus que leur valeur. Personne n'admet cette dernière conclusion ; donc il faut rejeter aussi la première. D'ailleurs, comment expliquer, au point de vue rationnel, que la loi ait autorisé le débiteur, dont les biens présents sont insuffisants, à hypothéquer ses biens à venir, et qu'elle ait refusé la même faculté au débiteur qui n'a pas du tout de biens présents? N'y a-t-il pas un *a fortiori* pour autoriser ce dernier à hypothéquer ses biens à venir ? Comment croire enfin que la loi ait pu formuler une prohibition qu'il serait si facile d'éluder dans la pratique, puisqu'il suffirait au débiteur qui n'a pas de biens présents d'acheter un immeuble de la plus modique valeur, ne fût-ce que quelques mètres carrés de terrain, pour donner légalement passage à l'hypothèque de ses biens à venir ?

1303. Seconde exception. « *Pareillement, en cas que l'immeuble ou » les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou » éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants » pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent » son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque* » (art. 2131).

Le mot *Pareillement,* par lequel débute cet article, est synonyme de *néanmoins aussi,* et nous indique par conséquent que la loi va établir une nouvelle exception à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, qui forme la règle. En quoi consiste cette exception ? La loi suppose que le gage hypothécaire, d'une valeur suffisante à l'époque de la constitution, devient insuffisant par suite d'événements postérieurs qui font périr les biens hypothéqués ou en diminuent la valeur. Le créancier peut alors, dit l'art. 2131, « *ou poursuivre dès à présent son » remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque* », et l'hypothèque supplémentaire pourra porter sur les biens à venir, par dérogation au principe que formule l'art. 2129 al. 2.

Ainsi, à la règle que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués, l'art. 2130 formule une première exception, relative au cas où les biens présents du débiteur sont insuffisants lors du contrat de constitution d'hypothèque, et l'art. 2131 en ajoute une autre pour le cas où l'insuffisance des biens du débiteur résulte de faits postérieurs à la constitution d'hypothèque.

1304. L'art. 1188 prévoit une hypothèse très voisine de celle que règle l'art. 2131 : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou » lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à » son créancier ».

Supposons qu'un emprunteur, par le contrat même d'emprunt, hypothèque une maison à la sûreté de sa dette, puis que cet immeuble soit détruit ou dégradé par le fait du débiteur. Ce cas rentre dans les prévisions de l'art. 1188 : le débiteur a diminué par son fait la sûreté qu'il avait donnée par le contrat à son créancier. Celui-ci est autorisé à poursuivre dès à présent son remboursement, à moins bien entendu qu'il ne consente à accepter un supplément d'hypothèque que lui offrirait le débiteur.

Modifiant un peu l'espèce précédente, supposons que l'immeuble, hypothéqué conventionnellement pour sûreté d'une dette, périsse par cas fortuit ou subisse par la même cause des dégradations qui le rendent insuffisant pour répondre de la dette. Ce cas échappe aux prévisions de l'art. 1188, qui implique la diminution *par le fait du débiteur* d'une sûreté donnée par le contrat; mais il rentre dans celles de l'art. 2131, dont les termes sont beaucoup moins restrictifs. Le créancier pourra donc, ce sont les expressions de la loi, « *ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque* ».

Au premier abord, la formule que nous venons de transcrire semble accorder au créancier le choix entre le remboursement immédiat et un supplément d'hypothèque. Mais, si nous l'entendons ainsi, le cas qui nous occupe sera régi de la même manière que celui qui fait l'objet des prévisions de l'art. 1188 : l'art. 2131 ne sera ainsi qu'une extension de la disposition de l'art. 1188, et nous traiterons de la même manière le débiteur victime d'un cas fortuit qui a détruit ou détérioré l'immeuble hypothéqué, et celui qui a compromis par son fait la sûreté résultant d'une hypothèque fournie par le contrat en détruisant ou en dégradant l'immeuble hypothéqué, quoique la situation du premier soit bien plus intéressante que celle du second. Il nous paraît peu probable que telle ait été la pensée du législateur, et nous croyons que, dans tous les cas qui, se trouvant soustraits au domaine de l'art. 1188, rentrent dans celui de l'art. 2131, c'est au débiteur qu'appartient le choix entre le remboursement immédiat et l'offre d'un supplément d'hypothèque. En définitive, l'art. 2131 ne dit pas positivement que ce choix appartienne au créancier, et le doute que son texte laisse sur ce point doit être interprété en faveur du débiteur (arg. art. 1190 et 1247). Le débiteur, contre lequel le créancier invoque l'art. 2131, pourra donc forcer le créancier à se contenter d'un supplément d'hypothèque, même sur les biens à venir (argument du mot *Pareillement*), mais en supposant que l'hypothèque des biens à venir puisse être considérée comme offrant une garantie sérieuse : ce qu'il appartiendrait au juge d'apprécier souverainement en cas de contestation. On peut citer comme exemple le cas où le débiteur, qui offre une hypothèque sur ses biens à venir, paraîtrait appelé prochainement à recueillir une riche succession contenant des immeubles, surtout s'il y est appelé en qualité d'héritier réservataire.

En résumé, lorsque la diminution du gage hypothécaire rentre dans les prévisions de l'art. 1188, le créancier a le droit d'exiger un remboursement immédiat, sans que le débiteur puisse le forcer à se contenter d'un supplément d'hypothèque; le débiteur est déchu du bénéfice du terme : déchéance qui s'explique par cette considération que la diminution des sûretés, sur lesquelles le créancier avait le droit de compter d'après son contrat, est imputable au débiteur. Au contraire, si la diminution du gage hypothécaire ne rentre que dans les prévisions de l'art. 2131, le débiteur peut forcer le créancier, qui demande son remboursement immédiat, à se contenter d'un supplément d'hypothèque jugé suffisant; il conserve donc sous cette condition le bénéfice de son terme.

1305. Voici maintenant quelques observations que suggère le texte de l'art. 2131 et sa comparaison avec l'art. 1188.

1° Toute diminution de sûretés, rentrant dans les prévisions de l'art. 1188, entraîne pour le débiteur la déchéance du terme, alors même que les sûretés qui restent seraient encore suffisantes pour la garantie du créancier. Au contraire, l'art. 2131 n'est applicable que lorsque la diminution subie par le gage hypothécaire l'a rendu insuffisant pour la sûreté du créancier.

2° L'art. 1188 n'est applicable qu'à la diminution de sûretés fournies *par le contrat*. L'art. 2131 au contraire ne distingue pas entre les hypothèques fournies par le contrat et celles fournies en dehors du contrat ; il s'applique donc aux unes et aux autres.

3° L'art. 2131 suppose que le gage hypothécaire est devenu insuffisant par suite de pertes ou de dégradations ; il ne recevrait donc pas son application au cas où l'insuffisance des immeubles hypothéqués existait déjà lors du contrat, ni à celui où ces immeubles auraient subi depuis le contrat une dépréciation, sans qu'il fût survenu aucun changement dans leur nature physique, par exemple par suite d'une baisse générale de la valeur des immeubles de même nature, ni enfin au cas où la diminution de valeur, subie depuis le contrat par l'immeuble hypothéqué, a dû être prévue, par exemple si elle résulte d'actes de jouissance régulièrement accomplis par le débiteur, comme l'exploitation d'un bois taillis ou d'une haute futaie aménagée. Dans tous les cas, le créancier n'aura droit, ni à un remboursement immédiat, ni même à un supplément d'hypothèque. Cpr. Dijon, 6 juillet 1883, Sir., 84. 2. 44.

1306. Une maison hypothéquée est assurée contre l'incendie ; elle vient à brûler; le droit de préférence du créancier hypothécaire se trouve transporté sur l'indemnité d'assurance, que la loi subroge à l'immeuble (loi du 29 février 1889, art. 2, et *supra* n. 1062 *bis*). Le créancier pourra-t-il, invoquant l'art. 2131, demander un supplément d'hypothèque? Non, à notre avis, si l'indemnité due par la compagnie d'assurances se trouve être la contre-valeur exacte de l'immeuble. Dans le cas contraire, qui peut se présenter si l'immeuble était insuffisamment assuré, nous accorderions au créancier le droit de demander un supplément d'hypothèque.

1307. Au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de l'immeuble hypothéqué, le droit de préférence du créancier se trouvant transporté sur l'indemnité d'expropriation (loi du 3 mai 1841, art. 17 et 18), et cette indemnité étant ordinairement la contre-valeur exacte du bien exproprié, le créancier ne serait pas en droit de demander un supplément d'hypothèque.

1308. L'hypothèque, consentie sur les biens à venir dans l'une ou l'autre des hypothèses prévues par les art. 2130 et 2131, n'aura de rang sur chaque bien qu'à compter de l'inscription prise par le créancier au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur. C'est le droit commun (art. 2134). Il doit être appliqué, puisqu'aucun texte n'y déroge.

De là il suit que le créancier, qui a hypothèque sur les biens à venir de son débiteur, doit se tenir au courant de la situation de celui-ci et se hâter de faire inscrire son hypothèque après chaque acquisition qu'il fait, afin de ne pas se laisser devancer par d'autres créanciers. Et encore, malgré toute sa diligence, n'évitera-t-il pas le plus souvent d'être primé par les créanciers ayant des hypothèques légales (arg. art. 2122 et 2135); il sera nécessairement primé aussi par les créanciers ayant une hypothèque judiciaire, inscrite au bureau dans le ressort duquel est situé l'immeuble nouvellement acquis par le débiteur (arg. art. 2123 al. 2, et 2148 al. final).

2. *De la spécialité quant à la créance hypothécaire.*

1309. La spécialité quant à la créance hypothécaire consiste dans l'indication spéciale de la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque est constituée. De même qu'un débiteur ne peut pas valablement consentir une hypothèque portant sur tous ses biens en général, sans désignation spéciale de la nature et de la situation de chacun d'eux, de même la loi proscrit l'hypothèque qu'un débiteur consentirait pour sûreté de *toutes les dettes en général* dont il est tenu envers tel créancier, sans autre précision, ou même de toutes celles qu'il a contractées ou contractera dans un délai déterminé, le courant de l'année par exemple. En un mot, il ne suffit pas d'individualiser l'immeuble ou les immeubles sur lesquels l'hypothèque est établie, ce qui constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, il faut en outre individualiser la créance pour sûreté de laquelle on consent l'hypothèque, ce qui constitue la spécialité quant à la créance hypothécaire. Cette seconde face de la spécialité se justifie par les mêmes motifs que la première : la loi veut, d'une part que le débiteur se rende un compte exact de l'étendue de l'obligation hypothécaire qu'il contracte, et d'autre part que les tiers puissent mesurer avec certitude l'étendue de la brèche qui est ouverte dans son crédit hypothécaire.

1310. La spécialité quant à la créance est requise, elle aussi, dans le titre constitutif de l'hypothèque et dans l'inscription (art. 2132).

a. — Elle est requise d'abord dans le titre constitutif d'hypothèque. Si, comme il arrivera le plus souvent, l'hypothèque est consentie pour sûreté d'une dette de somme d'argent déterminée, l'acte constitutif devra en indiquer le montant.

Que si l'hypothèque est attachée à une obligation autre que celle de payer une somme d'argent déterminée, par exemple à une obligation de faire, il ne sera pas nécessaire d'en indiquer par une évaluation la valeur pécuniaire dans l'acte constitutif, parce qu'il est possible ici d'individualiser la créance sans indiquer son chiffre. On dira par exemple que l'hypothèque est consentie pour sûreté de l'obligation que contracte le débiteur de marner tel domaine, d'enlever tous les matériaux qui se trouvent sur tel terrain.

Dans l'une et dans l'autre hypothèse, l'acte constitutif de l'hypothèque devra indiquer les modalités de la créance s'il y en a, par exemple le terme ou la condition dont elle serait affectée.

b. — La spécialité quant à la créance hypothécaire doit en outre exister dans l'inscription. La loi l'y exige même avec plus de rigueur que dans l'acte constitutif, parce que l'inscription doit permettre aux tiers qui la consulteront de mesurer avec précision le crédit hypothécaire du débiteur. Pour cela, l'inscription devra toujours, quelle que soit la nature de la créance garantie, en indiquer le montant pécuniaire. Mais comment l'inscrivant fera-t-il cette indication, si la créance est indéterminée dans sa valeur, par exemple s'il s'agit d'une dette de dommages et intérêts dont le montant n'est pas encore fixé? La loi dit que l'inscrivant évaluera le montant de la créance; et, comme il est à craindre qu'il ne fasse une évaluation dépassant la juste mesure, le débiteur, au crédit duquel cette évaluation exagérée porterait atteinte, aurait le droit d'en faire prononcer judiciairement la réduction.

1311. Tout ce que nous venons de dire sur la spécialité quant à la créance hypothécaire se lit péniblement entre les lignes dans l'art. 2132 : « *L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie, est certaine et déterminée par l'acte ; si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu* ».

Ce texte a été rédigé avec une négligence extrême, et, quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, il est impossible de mettre d'accord l'une avec l'autre les deux parties dont il se compose. En effet la loi commence par dire que « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie, est *certaine* et *déterminée* par l'acte ». *Certaine :* cela paraît exclure la possibilité de constituer une hypothèque valable pour les créances conditionnelles, qui sont incertaines quant à leur existence. *Déterminée :* donc, semble-t-il, on ne peut pas valablement constituer une hypothèque pour une créance indéterminée. Eh bien ! sur l'un et l'autre point, la loi se donne un démenti dans la partie finale de l'article, où elle autorise, moyennant certaines conditions il est vrai, la constitution d'hypothèque pour des créances conditionnelles et pour des créances indéterminées.

Ce n'est pas tout. La loi, confondant dans une seule et même disposition le cas où l'hypothèque est constituée pour une créance conditionnelle et celui où elle l'est pour une créance indéterminée, dit que le créancier devra faire une évaluation de la créance dans l'inscription. Or, si on comprend parfaitement la nécessité de cette évaluation quand la créance est incertaine, on n'en voit pas l'utilité, nous dirions volontiers la possibilité, quand la créance est conditionnelle. En effet, lorsque la créance est conditionnelle sans être indéterminée, le montant en est connu, seulement l'existence en est incertaine à raison de la condition à laquelle la créance est subordonnée. L'hypothèque attachée à une créance conditionnelle en garantira le paiement intégral, si la condition se réalise ; elle tombera dans le vide, si la condition ne se réalise pas. De quelle évaluation peut-il donc être question ? La seule chose qui soit possible, c'est d'indiquer le chiffre de la créance et la modalité à laquelle elle est subordonnée quant à son existence.

Si maintenant, laissant le texte de côté, on se demande, en se plaçant au point de vue rationnel, comment chacune des hypothèses qui viennent d'être examinées aurait dû être régie, nous dirons que, dans tous les cas, le législateur aurait dû exiger, dans l'acte constitutif de l'hypothèque et dans l'inscription tout à la fois, l'indication du montant de la créance et des diverses modalités dont elle peut être affectée. Au cas où la créance est indéterminée, l'évaluation en aurait été faite d'un commun accord entre les parties : ce qui eût été beaucoup plus simple que de dispenser, comme on l'a fait, les parties d'évaluer la créance dans l'acte constitutif, pour laisser au créancier le soin de faire l'évaluation dans l'inscription, sauf au débiteur à faire réduire ensuite cette évaluation, si elle est exagérée, comme il arrivera le plus souvent.

N° 2. Conditions de forme.

1312. Le contrat hypothécaire appartient à la famille des contrats *solennels :* la forme y est prescrite à peine de nullité et même d'inexistence du contrat, *forma dat esse rei.* Cela résulte invinciblement de la définition contenue en l'art. 2117 : « L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, ET DE LA FORME EXTÉRIEURE DES ACTES ET DES CONTRATS ». La convention des parties ne suffit donc

pas pour établir un droit d'hypothèque : il faut que cette convention soit constatée dans la forme prescrite par la loi; autrement elle n'a pas d'existence légale. C'est ce que dit aussi l'art. 2127, qui nous apprend en même temps en quoi consiste la solennité du contrat hypothécaire : « *L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie* » *que par un acte passé en forme authentique devant deux notaires ou* » *devant un notaire et deux témoins* ».

Quels sont les motifs qui ont fait décréter la solennité du contrat d'hypothèque? Notre législateur semble s'être inspiré tout d'abord d'une pensée de protection pour le débiteur : la présence du notaire, qui dresse l'acte constitutif de l'hypothèque, est une garantie contre les surprises dont le débiteur pourrait être la victime; elle l'avertit en même temps de la gravité de l'acte qu'il va accomplir, et lui permet de se renseigner exactement sur les conséquences qu'il entraînera. D'autre part, il y aurait eu des inconvénients graves à permettre aux parties d'être ici les ministres de leur propre volonté; souvent, par ignorance, elles n'auraient pas respecté les prescriptions spéciales de la loi, et beaucoup de constitutions d'hypothèques auraient été frappées de nullité. Enfin il importait que l'inscription hypothécaire ne fût prise qu'en vertu d'un titre offrant toutes garanties au point de vue de la sincérité, afin que les registres des conservations hypothécaires ne fussent pas surchargés d'inscriptions inutiles. — On peut se demander toutefois si ces motifs sont suffisants pour justifier l'anomalie que la solennité du contrat d'hypothèque introduit dans notre législation : il est permis de vendre un immeuble ou de le grever de servitude par acte sous seing privé, et il faut un acte authentique pour le grever valablement d'une hypothèque !

1313. D'ailleurs, un acte notarié *ordinaire* suffit pour la validité du contrat hypothécaire, ce contrat ne figurant pas sur la liste de ceux pour lesquels la loi du 21 juin 1843 exige exceptionnellement la présence *réelle* du notaire en second ou des témoins instrumentaires. Mais l'acte notarié ne pourrait être remplacé ici par aucun autre acte authentique : notamment on devrait considérer comme inexistante l'hypothèque, consentie devant le juge de paix siégeant comme magistrat conciliateur et constatée par celui-ci dans le procès-verbal de conciliation (arg. art. 54 C. pr.). Le notaire est le seul officier public compétent pour recevoir et constater les conventions d'hypothèque : ce dont on ne voit guère d'autre raison que l'intérêt du monopole des notaires.

Bien entendu, l'acte notarié, qui constate la convention d'hypothèque, doit être valable comme acte notarié. S'il était nul pour l'une des causes indiquées en l'art. 1318, la convention d'hypothèque serait inexistante, alors même que l'acte serait signé des parties. L'art. 1318 dit, il est vrai, que l'acte vaut alors comme écriture privée; mais

cela signifie simplement que les parties se trouvent dans la même situation que si elles avaient fait un acte sous signature privée; or la convention d'hypothèque constatée par un acte sous signature privée est inexistante.

1314. L'enregistrement de l'acte notarié, qui constate la convention d'hypothèque, n'est pas nécessaire pour la validité de cette convention; car l'art. 2127 ne l'exige pas. D'ailleurs, les actes notariés ont date certaine indépendamment de leur enregistrement, qui n'a été exigé que dans un but purement fiscal. C'est ce qui résulte par argument de l'art. 1er de la loi du 25 ventôse de l'an XI, qui dispose que les notaires sont institués *pour assurer la date des actes,* et de l'art. 33 de la loi du 22 frimaire de l'an VII, qui n'établit d'autre sanction qu'une amende contre le notaire qui a négligé de faire enregistrer un acte par lui reçu.

1315. L'acte constitutif d'hypothèque peut être rédigé en brevet. L'art. 2148 al. 1 ne permet guère d'en douter; on y lit ces mots : « ... l'*original en brevet* ou » une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au pri- » vilège ou à l'hypothèque »; or, les jugements étant toujours rédigés en minute, les mots « l'original en brevet » ne peuvent s'appliquer qu'aux actes notariés constitutifs d'hypothèques. En supposant, comme on l'a prétendu, que la solution contraire résultât des art. 20 et 68 combinés de la loi du 25 ventôse de l'an XI, il faudrait reconnaître qu'elle a été modifiée sur ce point par le code civil qui est de date postérieure.

* **1316.** La jurisprudence va même plus loin : elle admet la validité de la constitution d'hypothèque, faite par un acte sous seing privé, lorsque cet acte a été reconnu devant notaire, ou lorsqu'il a été déposé par le débiteur entre les mains d'un notaire qui en a régulièrement constaté le dépôt soit en la présence, soit en l'absence du créancier. Cette jurisprudence peut s'appuyer sur des raisons très solides, au cas où l'acte de reconnaissance ou de dépôt relate la convention d'hypothèque; car alors elle est constatée, comme la loi l'exige, par acte notarié. En dehors de cette hypothèse, elle paraît difficile à justifier.

1317. Les énonciations qui constituent la spécialité soit quant au gage hypothécaire (art. 2129), soit quant à la créance garantie par l'hypothèque (art. 2132), doivent nécessairement figurer dans l'acte constitutif de l'hypothèque. Quelquefois cet acte sera distinct de celui qui constate la créance elle-même : il en sera nécessairement ainsi, quand la créance n'est constatée que par un acte sous seing privé. Plus souvent un seul et même acte notarié constatera tout à la fois la créance et l'hypothèque : par exemple, si je vous emprunte de l'argent sur hypothèque, un même acte notarié pourra constater le prêt et l'hypothèque que je consens pour sa sûreté. L'art. 2129 al. 1 fait allusion à l'une et à l'autre de ces deux hypothèses, lorsqu'il exige que la désignation spéciale de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués figure, *soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur.*

1318. Les deux acteurs du contrat hypothécaire sont le débiteur et le créancier. Il est incontestable que la volonté du débiteur de constituer l'hypothèque doit être exprimée dans la forme prescrite par la loi, c'est-à-dire par acte notarié. Le consentement du créancier, qui accepte la constitution, doit-il nécessairement être manifesté dans la même forme? La négative est admise par la jurisprudence et par la grande majorité des auteurs. L'art. 2127, il est vrai, dit que l'hypothèque doit être *consentie*

par acte notarié : ce qui semble signifier que le *consentement* des parties doit être constaté dans la forme notariée, par conséquent la volonté du créancier comme celle du débiteur ; le concours de l'une et de l'autre est en effet nécessaire pour qu'il y ait consentement. Mais, d'une part, si l'on comprend que, dans une vue de protection pour le débiteur, la loi ait exigé la manifestation de sa volonté par acte notarié, la même exigence ne se concevrait plus en ce qui concerne le créancier ; car la constitution d'hypothèque lui procure un bénéfice, et il ne peut avoir qu'avantage à l'accepter ; alors pourquoi entraver son acceptation par la nécessité de formes solennelles ? D'autre part, le texte n'a pas nécessairement le sens qu'on lui prête : quand la loi dit que l'hypothèque doit être *consentie* par acte notarié, il se peut fort bien qu'elle n'ait songé qu'au débiteur et qu'elle ait pris le mot *consentir* comme synonyme de *constituer*. Enfin nous voyons qu'en matière de donations la loi a pris la peine de dire que le consentement du donataire, comme celui du donateur, doit être manifesté dans la forme authentique (art. 932) : ce qui prouve que la chose n'allait pas toute seule, et permet par conséquent de ne pas appliquer la même exigence à la constitution d'hypothèque ; d'autant plus que la disposition de l'art. 932 ne peut s'expliquer que par la défaveur dont les donations ont été l'objet aux yeux de notre législateur, et que certainement il n'a pas vu du même œil les constitutions d'hypothèques. Nous concluons que le créancier, au profit duquel une hypothèque a été constituée, peut accepter la constitution en une forme quelconque, même tacitement, par exemple en faisant inscrire l'hypothèque. Mais il faut toujours une acceptation, au moins tacite ; car un contrat, quel qu'il soit, ne peut pas se former sans le concours des volontés des parties, concours qui constitue le consentement.

1319. L'hypothèque conventionnelle peut-elle résulter d'un acte passé en pays étranger ? — L'art. 2128 répond à cette question, et la réponse est peu satisfaisante : « *Les contrats passés en pays* » *étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il* » *n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques* » *ou dans les traités* ».

Les jugements rendus par des tribunaux étrangers sont susceptibles d'exécution en France, quand ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français (C. civ., art. 2123 ; C. pr., art. 546). En est-il de même des contrats passés en pays étranger et conférant hypothèque sur des immeubles situés en France ? La raison dit oui, l'art. 2128 dit non ; car il ne se borne pas seulement à disposer que les contrats d'hypothèque passés en pays étranger ne peuvent pas être exécutés en France sans l'accomplissement préalable des formalités prescrites par l'art. 546 C. pr., ce qui eût été rationnel, il ajoute, ce qui ne l'est plus, que les contrats passés en pays étranger ne peuvent pas, en principe et sauf l'exception prévue par la partie finale de l'article, conférer hypothèque sur des biens situés en France. Le créancier, auquel une hypothèque aura été consentie sur des biens situés en France par un acte passé en pays étranger, ne pourra qu'obtenir en vertu de cet acte un jugement de condamnation, d'où résultera en sa faveur une hypothèque judiciaire.

Quel est le motif de cette disposition ? On ne sait. Le propriétaire

d'un immeuble situé en France peut bien, par un contrat de vente ou même de donation passé en pays étranger, transférer la propriété de cet immeuble; pourquoi ne peut-il pas aussi, par un acte passé en pays étranger, grever ce même immeuble d'une hypothèque conventionnelle au profit d'un ses créanciers? Aussi, dans tous les projets de réforme hypothécaire qui ont été successivement élaborés chez nous, a-t-il été question de modifier l'art. 2128, et la loi belge du 16 décembre 1851 a complètement remanié ce texte.

1320. Hypothèque maritime. — La loi du 10 juillet 1885, qui déclare les navires susceptibles d'hypothèques conventionnelles, par dérogation à l'art. 2118 du code civil, déroge aussi d'une manière grave aux dispositions de ce même code en ce qui concerne la forme du contrat hypothécaire. L'art. 2 de cette loi porte : « Le » contrat par lequel l'hypothèque maritime est consentie doit être rédigé par écrit; » il peut être fait *par acte sous signatures privées* ». A plus forte raison, une semblable hypothèque pourrait-elle être consentie par un acte authentique passé en pays étranger.

1321. La volonté du constituant (nous désignons sous ce nom celui qui consent l'hypothèque) devant nécessairement être constatée par acte notarié, il s'ensuit que, s'il veut se faire représenter par un mandataire, la procuration devra à peine de nullité être spéciale et notariée. En effet, c'est alors dans la procuration qu'il exprime sa volonté d'hypothéquer, et cette volonté ne serait pas manifestée dans la forme voulue par la loi, si la procuration n'était pas notariée. Cette solution trouve en outre un point d'appui très résistant dans l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, qui, après avoir donné l'énumération des actes pour lesquels est exigée la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires, soumet à la même solennité les procurations pour consentir ces actes. Après variations, la jurisprudence paraît aujourd'hui définitivement fixée dans ce sens. Cass., 23 décembre 1885, Sir., 86. 1. 145, et 24 mai 1886, Sir., 86. 1. 247.

1322. Avec le contrat hypothécaire il ne faut pas confondre la promesse de constituer hypothèque. Cette promesse dont la loi ne s'occupe pas, n'est assujettie pour sa validité à aucune condition particulière de forme. Ainsi un créancier exprime par lettre à son débiteur le désir d'obtenir une hypothèque; le débiteur répond qu'il y consent. Il a été jugé que le débiteur était obligé par cette promesse. Il accomplira son obligation en se présentant devant un notaire pour constituer l'hypothèque; son refus entraînerait la déchéance du bénéfice du terme (arg. art. 1188), et permettrait au créancier d'obtenir contre lui un jugement de condamnation entraînant hypothèque sur tous ses biens.

§ III. *Extensions dont le gage hypothécaire est susceptible.*

1323. Aux termes de l'art. 2133 : « *L'hypothèque acquise s'étend à* » *toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué* ». Les améliorations que reçoit un immeuble en deviennent un accessoire, et il est tout simple qu'elles soient atteintes par l'hypothèque qui grève l'immeuble, en vertu de la règle *Accessorium sequitur principale*. L'hypothèque subit nécessairement toutes les vicissitudes de l'immeuble sur lequel elle est assise. Cet immeuble périt-il? l'hypothèque s'éteint; diminue-t-il de valeur ? cette diminution nuit à l'hypothèque; enfin si

l'immeuble augmente de valeur, ce qui est le cas prévu par notre article, l'augmentation profite à l'hypothèque.

L'art. 2133 est mal placé dans la section « *Des hypothèques conventionnelles* »; car sa disposition n'a rien de spécial à cette espèce d'hypothèque : elle s'applique à toutes sans distinction, et même aux privilèges sur les immeubles, qui ne sont que des hypothèques privilégiées.

Dans sa généralité, la règle formulée par notre article s'applique à toutes les améliorations, de quelque nature qu'elles soient, survenues à l'immeuble hypothéqué, non seulement aux améliorations *naturelles*, mais aussi aux améliorations *industrielles*.

a. *Améliorations naturelles*. Les principales sont celles qui résultent de l'alluvion (art. 556), des relais formés par l'eau courante (art. 557), de l'*avulsio* (art. 559), de la naissance d'une île qui se forme en face du fonds dans la rivière non navigable ni flottable qui le borde ou le traverse (art. 561), enfin du changement de lit d'un cours d'eau (art. 563). Ces diverses augmentations profitent à l'hypothèque, en qualité d'accessoires du fonds. Il y a cependant quelque doute relativement aux deux derniers cas que nous venons d'indiquer.

b. *Améliorations industrielles*. Ce sont celles opérées par le fait de l'homme. On peut citer comme exemples les améliorations résultant d'un défrichement, de l'amendement des terres, du drainage, de plantations; nul doute que ces améliorations ne profitent à l'hypothèque. La même décision doit être admise, malgré le dissentiment de quelques auteurs, en ce qui concerne les constructions faites sur le fonds hypothéqué : les constructions sont un accessoire du sol (arg. art. 552); donc elles sont atteintes par l'hypothèque qui grève le sol, sauf le privilège des constructeurs. D'ailleurs il n'y a pas à distinguer si les améliorations constituent des immeubles par leur nature ou des immeubles par destination. Cass., 2 août 1886, Sir., 86. 1. 417.

Les améliorations industrielles seraient atteintes par l'hypothèque, alors même qu'elles proviendraient du fait d'un tiers détenteur, sauf le droit pour celui-ci d'exiger des créanciers hypothécaires le remboursement de la plus-value qu'elles ont procurée à l'immeuble (art. 2175). Cass., arrêt précité.

Il ne faut pas exagérer la portée de l'art. 2133. L'hypothèque ne s'étendrait pas aux acquisitions nouvelles faites par le propriétaire de l'immeuble hypothéqué, fussent-elles contiguës. Ce ne sont pas là des *améliorations;* les immeubles nouvellement acquis ont une existence tout à fait distincte de l'immeuble hypothéqué. Cette solution devrait être maintenue, alors même que, le terrain hypothéqué étant enclos, le propriétaire aurait élargi l'enceinte de l'enclos pour y comprendre les terrains nouvellement acquis. *Non obstat* art. 1019.

SECTION IV

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES

1324. Notre régime hypothécaire, nous l'avons déjà dit, est assis sur une double base : la spécialité et la publicité. Le législateur vient de s'occuper de la première ; il va traiter maintenant de la seconde.

La publicité de l'hypothèque se réalise par le moyen d'une inscription.

Entre les parties, l'inscription n'est pas nécessaire pour l'efficacité de l'hypothèque. Il s'ensuit notamment que, si le débiteur, qui a constitué une hypothèque, meurt avant qu'elle ait été inscrite, laissant plusieurs héritiers, celui dans le lot duquel sera mis l'immeuble hypotéqué ne pourra pas se prévaloir du défaut d'inscription pour échapper à la nécessité de payer le total de la dette, sur l'action hypothécaire intentée contre lui (arg. art. 1221-1°).

Mais l'inscription est nécessaire pour l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers. Elle est requise pour l'exercice soit du droit de préférence, soit du droit de suite. Notre section ne l'envisage que sous le premier aspect, c'est-à-dire en tant qu'elle sert à fixer le rang de l'hypothèque et à assurer ainsi l'exercice du droit de préférence. Il suffit pour s'en convaincre, de lire, soit la rubrique de la section : *Du rang que les hypothèques ont* ENTRE ELLES, soit les premiers mots de l'art. 2134 : *Entre les créanciers;* on sait que le droit de suite ne s'exerce pas entre créanciers, mais bien contre les tiers détenteurs. C'est dans le chapitre VI (art. 2166 et s.) que le législateur s'occupera de la publicité des hypothèques *et des privilèges,* en tant qu'elle est requise pour l'exercice du droit de suite. Nous disons des hypothèques *et des privilèges;* en effet, les règles relatives à l'exercice du droit de suite étant les mêmes pour les hypothèques et pour les privilèges (du moins pour ceux qui portent sur les immeubles), le législateur les a tout naturellement réunies (chapitre VII). Au contraire, il a dû traiter séparément de la conservation du droit de préférence résultant des privilèges sur les immeubles (section IV du chapitre II) et de la conservation du droit de préférence résultant de l'hypothèque (section IV du chapitre III), parce qu'elles sont régies par des règles différentes.

1325. En droit romain, les hypothèques étaient occultes. Les Romains n'avaient même pas conservé le mode de publicité assez primitif, imaginé par les Grecs et qui consistait à planter sur le fonds hypothéqué des poteaux portant un écriteau sur lequel étaient indiqués le nom du créancier et le montant de la créance.

Dans notre ancien droit, sauf pourtant dans les pays dits *de nantissement* (*supra,* n. 1058), les hypothèques demeurèrent également occultes, malgré les tentatives réitérées qui furent faites pour en assurer la publicité.

La loi du 11 brumaire de l'an VII consacra dans les termes les plus larges le principe de la publicité ; elle en fit une règle générale et absolue, applicable à toutes

les hypothèques sans distinction. C'était peut-être une exagération en sens inverse. Ainsi du moins l'ont pensé les rédacteurs du code civil, qui, tout en empruntant à la loi de brumaire le principe de la publicité, ont admis une exception à ce principe pour les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit.

1326. Notre section contient plus que n'annonce sa rubrique. Outre le rang de l'hypothèque, il y est aussi question de la restriction et de la réduction des hypothèques légales de la femme mariée et des mineurs et interdits. Nous traiterons ces matières dans deux paragraphes.

§ I. *Du rang de l'hypothèque.*

N° 1. Principe.

1327. « *Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire,* » *soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par* » *le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la* » *manière prescrite par la loi, sauf les exceptions portées en l'article sui-* » *vant* ». Ainsi s'exprime l'art. 2134.

Au point de vue du droit de préférence résultant de l'hypothèque, l'inscription produit donc un double effet.

a. — D'une part, elle rend ce droit de préférence opposable aux autres créanciers.

Tout créancier du constituant est autorisé à se prévaloir du défaut d'inscription.

Ce droit appartient même aux créanciers chirographaires.

On le leur a contesté dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du code civil. Deux arrêts de la cour de cassation, dont le dernier date du 17 juin 1817, ont mis fin à cette controverse. L'art. 2134 ne fait aucune distinction : il dispose dans les termes les plus généraux qu'*entre créanciers* l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription.

On ne voit pas bien, au premier abord, ce que peuvent gagner les créanciers chirographaires à se prévaloir du défaut d'inscription. En effet le créancier hypothécaire, qui se verra opposer cette fin de non-recevoir, inscrira son hypothèque, et tout sera dit! L'intérêt apparaît, si l'on songe que certains événements arrêtent le cours des inscriptions, par exemple la mort du débiteur suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession (art. 2146), la prononciation du jugement qui déclare sa faillite (art. 448 C. co.). Si l'un de ces événements est survenu, il est sensible que les créanciers chirographaires pourront avoir avantage à opposer le défaut d'inscription; car ils éviteront ainsi d'être primés sur le prix de l'immeuble hypothéqué par le créancier non inscrit.

D'après l'opinion générale, un créancier peut opposer le défaut d'inscription, alors même qu'il aurait eu connaissance de l'hypothèque par une voie autre que celle de l'inscription.

b. — D'autre part, l'inscription sert à déterminer le rang de l'hypothèque, c'est-à-dire la place qu'occupera le créancier hypothécaire dans l'*ordre* qui pourra s'ouvrir plus tard sur le prix de l'immeuble en vue de régler la distribution de ce prix entre les divers créanciers.

Chaque hypothèque prend rang à dater de son inscription; de sorte que les divers créanciers, qui ont hypothèque sur un même immeuble, sont payés d'après l'ordre des inscriptions, en commençant par la plus ancienne. Le créancier premier inscrit sera colloqué au premier rang, c'est-à-dire qu'on lui délivrera le premier bordereau de collocation pour la totalité de sa créance. Si les fonds ne sont pas épuisés, un deuxième bordereau de collocation sera délivré au créancier dont l'inscription vient en seconde ligne, puis, s'il reste quelque chose, un troisième bordereau, au créancier qui vient immédiatement après dans l'ordre des inscriptions, et ainsi de suite. On ne tient aucun compte de la qualité des différents créanciers hypothécaires, contrairement à ce qui a lieu en matière de privilèges, ni de la date de leurs créances, ni même de la date des diverses constitutions d'hypothèques ; de sorte que le créancier, qui a l'hypothèque la plus ancienne, ne passera pas nécessairement le premier. Seule, la date des inscriptions a ici une importance décisive, et c'est à elle qu'il faut songer quand on cite la maxime *Prior tempore potior jure,* qui, en droit romain et dans notre ancien droit français, se rapportait à la date des constitutions d'hypothèques. En d'autres termes, la maxime précitée signifiait autrefois que le créancier à colloquer en première ligne était celui dont l'hypothèque était la plus ancienne ; elle signifie aujourd'hui que le premier rang appartient au premier inscrit. Autrefois c'était la date des constitutions d'hypothèques qui déterminait l'ordre des préférences, aujourd'hui c'est la date des inscriptions.

Toutefois deux créanciers, inscrits le même jour quoique à des heures différentes, l'un le matin par exemple et l'autre le soir, sont mis sur la même ligne et viennent par concurrence. C'est ce que dit l'art. 2147, qui n'est pas à sa place dans le chapitre IV : « *Tous les créan-* » *ciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque* » *de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle* » *du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur* ».

Plusieurs créanciers hypothécaires dont aucun n'aurait pris inscription viendraient tous au marc le franc, et seraient même obligés de subir le concours des créanciers chirographaires.

1328. La règle, que le rang des hypothèques se détermine par l'ordre des inscriptions, est formulée par la loi dans les termes les plus généraux, et par conséquent elle s'applique aux hypothèques portant sur les biens à venir comme à celles portant sur les biens présents.

L'application de cette règle va toute seule en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, en tant qu'elle affecte les biens à venir : ce qui ne peut arriver qu'exceptionnellement (v. art. 2130 et 2131, et *supra,* n. 1299). Nous savons que le créancier, auquel une semblable hypothèque a été concédée, ne peut pas prendre inscription sur les biens à venir de son débiteur par anticipation, mais seulement au fur et à

mesure des acquisitions faites par celui-ci. Tout bien, qui entre dans le patrimoine du débiteur, est immédiatement atteint par l'hypothèque; mais cette hypothèque n'a de rang qu'à dater de l'inscription prise par le créancier, conformément au droit commun.

La règle s'applique-t-elle aussi aux hypothèques légales de l'art. 2121 et aux hypothèques judiciaires? En tant que ces hypothèques portent sur des biens à venir, ce qui est leur condition normale (art. 2122 et 2123 al. 2), leur rang sera-t-il déterminé par la date des inscriptions?

Nous n'y voyons guère de doute en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire. On sait qu'elle doit être inscrite ; or le droit commun est que toute hypothèque, soumise à la formalité de l'inscription, n'a de rang qu'à dater de son inscription ; nul texte n'y soustrait l'hypothèque judiciaire (Cass., 5 novembre 1873, Sir., 74. 1. 81). Nous en dirions autant, et pour les mêmes motifs, de celles des hypothèques légales de l'art. 2121 qui demeurent soumises à la formalité de l'inscription (hypothèques légales de l'Etat, des communes et des établissements publics). Notons seulement, en ce qui concerne ces hypothèques et les hypothèques judiciaires, une particularité : l'inscription en peut être prise par anticipation sur les biens à venir, en ce sens que l'inscription, prise sur un immeuble, atteint de plein droit les autres immeubles du débiteur compris dans l'arrondissement du même bureau, même ceux qui lui surviendront postérieurement à l'inscription, car la loi ne distingue pas (art. 2148 *in fine*).

La règle reçoit exception relativement aux hypothèques légales dispensées d'inscription (hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées), au moins tant que dure la dispense d'inscription ; le rang de l'hypothèque est alors indépendant de l'inscription. Supposons donc qu'une pareille hypothèque ait été inscrite ; l'inscription atteint tous les immeubles qui surviendront plus tard au débiteur dans l'arrondissement du même bureau (art. 2148 *in fine*) ; mais, sur les biens à venir comme sur les biens présents, le rang de l'hypothèque n'est pas déterminé par l'inscription, car la loi le fixe indépendamment de l'inscription.

N° 2. Exceptions au principe.

1329. Le principe que l'hypothèque n'a de rang que par son inscription souffre deux exceptions indiquées par l'art. 2135. La première est relative à l'hypothèque légale des mineurs et interdits, la seconde, à celle des femmes mariées. Ces deux hypothèques sont dispensées d'inscription, et par conséquent leur rang est déterminé indépendamment de l'inscription.

Cette faveur est fondée sur l'impossibilité dans laquelle se trouvent les divers incapables, auxquels l'hypothèque légale est accordée, de la faire inscrire eux-mêmes. Il y a impossibilité physique pour le mineur en bas âge et pour l'interdit; impossibilité morale pour le mineur qui sait ce qu'il fait et pour la femme mariée, à cause de leur état de dépendance et de subordination à l'égard de leur tuteur ou de leur mari auquel ils redouteront de donner un témoignage de défiance en faisant opérer l'inscription. Dans ces conditions, le législateur a considéré, à tort ou à raison, la dispense de l'inscription comme le complément nécessaire de l'hypothèque légale; une faveur en a entraîné une autre.

Telles n'étaient pas sur ce point les idées du législateur de l'an VII. Nous savons (*supra*, n. n. 1223 et 1242) qu'il avait laissé les hypothèques légales des mineurs, interdits et femmes mariées soumises au principe de la publicité ; certaines personnes étaient chargées sous leur responsabilité personnelle d'en faire opérer l'inscription pour le compte des incapables.

1330. On voit que le législateur du code civil a dérogé, en faveur des mineurs et interdits d'une part, et des femmes mariées d'autre part, aux deux règles fondamentales du régime hypothécaire qu'il adoptait : la spécialité et la publicité.

En ce qui concerne la publicité, la dérogation n'existe pas seulement au point de vue du droit de préférence, mais aussi au point de vue du droit de suite. En d'autres termes, l'exercice du droit de suite, attaché aux hypothèques dont il s'agit comme à toutes les autres, est indépendant de leur inscription, aussi bien que l'exercice du droit de préférence. L'art. 2135 est formel pour le droit de préférence, et les art. 2193 et s. ne le sont guère moins pour le droit de suite. Il résulte en effet de ces derniers articles que l'acquéreur d'un immeuble ayant appartenu à un mari ou à un tuteur est obligé d'avoir recours à la purge, qui s'opère ici par un procédé spécial, pour se mettre à l'abri des hypothèques légales, appartenant à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée, dont l'immeuble peut être grevé du chef de l'ancien propriétaire.

1331. Les hypothèques légales des mineurs, interdits et femmes mariées, étant dispensées d'inscription, se trouvaient nécessairement soustraites, pour la fixation de leur rang, à la règle de l'art. 2134, qui détermine la préférence entre les créanciers hypothécaires d'après l'ordre des inscriptions. Nous allons rechercher comment cette règle a été remplacée en ce qui concerne l'hypothèque des mineurs et interdits d'abord, puis celle de la femme mariée.

I. *Hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

1332. « *L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription,* — » 1° *Au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant* » *à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la* » *tutelle...* ». Ainsi s'exprime l'art. 2135, 1re partie.

L'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit a toujours le même rang, quelle que soit la créance garantie; car la loi ne distingue pas. Il en résulte que l'hypothèque pourra prendre rang à une époque antérieure à la naissance de la créance à laquelle elle est attachée. Ainsi une tutelle s'est ouverte le 1er janvier 1885 ; en 1886, le tuteur commet dans sa gestion une faute grave, qui le rend passible de dommages et intérêts envers le mineur. L'hypothèque légale, qui garantit le paiement de ces dommages et intérêts, prendra rang le 1er janvier 1885, bien que la dette ne soit née qu'en 1886. Ce résultat, qui paraît singulier au premier abord, peut se justifier par cette considération, que le tuteur, en entrant en fonctions, devient débiteur d'un compte d'administration. La personne soumise à la tutelle acquiert donc, à ce

moment même, une créance éventuelle contre le tuteur pour toutes les sommes qui devront figurer successivement au chapitre des recettes de son compte, déduction faite de celles qui figureront au chapitre des dépenses; elle acquiert en un mot une créance éventuelle pour le reliquat du compte de tutelle. La loi fait dater l'hypothèque du moment où cette créance éventuelle prend naissance, c'est-à-dire du jour où le tuteur a dû commencer sa gestion.

1333. Les textes ne sont pas très précis au sujet de la détermination du rang de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits. En effet, tandis que l'art. 2135 fait dater cette hypothèque du *jour de l'acceptation de la tutelle,* l'art. 2194 dit, incidemment il est vrai, qu'elle existe du *jour de l'entrée en gestion du tuteur;* or, a-t-on dit, l'entrée en gestion peut être postérieure à l'acceptation; donc il y a antinomie entre les deux textes.

On peut facilement les mettre d'accord avec quelque bonne volonté.

La pensée du législateur, pensée qu'il exprime à la vérité d'une manière assez nuageuse, soit dans l'art. 2135, soit dans l'art. 2194, nous paraît pouvoir être traduite par la formule suivante : L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit prend rang à dater du jour où commence pour le tuteur l'obligation légale de gérer la tutelle, et par suite sa responsabilité. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

L'obligation légale de gérer commence pour le tuteur à dater du jour de son acceptation. Cette acceptation peut être volontaire ou forcée : *volontaire,* s'il s'agit d'une tutelle qui peut être refusée (v. art. 401 et 432); *forcée,* dans toute tutelle imposée par la loi : le tuteur est considéré comme acceptant une semblable tutelle à dater du jour où il a connaissance de l'événement qui la lui défère, puisqu'il n'a pas le droit de la refuser. Donc dire, comme le fait l'art. 2135, que l'hypothèque légale prend rang *du jour de l'acceptation de la tutelle* (entendez de l'acceptation volontaire ou forcée, car la loi ne distingue pas), c'est dire que cette hypothèque prend rang à dater du jour où le tuteur est légalement obligé de gérer.

La formule de l'art. 2194 « *le jour de l'entrée en gestion du tuteur* » a exactement le même sens. Le législateur ne songe pas au jour de l'entrée en gestion *de fait,* mais bien au jour de l'entrée en gestion *de droit,* c'est-à-dire à celui où le tuteur s'est trouvé *en droit* soumis à l'obligation de gérer. Ou bien, s'il entend parler de l'entrée en gestion *de fait,* il suppose, ce qui arrive en effet le plus ordinairement, que le tuteur a commencé à gérer *en fait* aussitôt qu'il s'y est trouvé tenu *en droit.* De sorte qu'en définitive c'est comme s'il avait dit que l'hypothèque légale prend rang du jour où l'obligation légale de gérer la tutelle prend naissance pour le tuteur et où commence par suite sa responsabilité.

Les deux formules des art. 2135 et 2194 sont donc équivalentes entre elles, puisqu'elles équivalent à une troisième.

I. *Hypothèque légale de la femme mariée.*

1334. En bonne logique, il aurait peut-être fallu donner à l'hypothèque légale de la femme mariée, comme à celle des mineurs et des interdits un rang unique (celui de la date de la célébration du mariage) pour toutes les créances que cette hypothèque garantit. Le mari en effet, comme le tuteur et souvent avec des pouvoirs plus étendus, est débiteur envers la femme d'un compte d'administration, qui commence avec l'association conjugale et finit avec elle. C'était le système adopté

par le projet, et, outre la logique, il avait pour lui la simplicité. Mais, le Tribunat ayant fait observer que ce système pourrait donner lieu à des fraudes nombreuses ourdies par les époux contre les tiers, le législateur s'est décidé à faire varier le rang de l'hypothèque légale de la femme, suivant les différentes créances qu'elle garantit. Avant d'apprécier sur ce point le système du législateur et de chercher à dégager le principe à l'aide duquel on doit combler les lacunes qu'il présente, étudions-le d'abord dans son ensemble.

L'art. 2135 détermine dans les termes suivants le rang de l'hypothèque legale de la femme mariée : « L'hypothèque existe, indépen-
» damment de toute inscription... — 2° *Au profit des femmes, pour*
» *raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de*
» *leur mari, et à compter du jour du mariage. — La femme n'a hypo-*
» *thèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle*
» *échues, ou de donations à elle faites, pendant le mariage, qu'à compter*
» *de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur*
» *effet. — Elle n'a d'hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a*
» *contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés,*
» *qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente. — Dans aucun cas,*
» *la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis*
» *à des tiers avant la publication du présent titre* ».

Passons successivement en revue chacun des termes de cette énumération.

1. *Dot et conventions matrimoniales.*

1335. La *dot* est tout ce que la femme apporte à son mari pour l'aider à supporter les charges du mariage.

Par *conventions matrimoniales,* notre texte entend désigner ici, suivant l'opinion générale, non seulement les divers avantages matrimoniaux qui résultent pour la femme des stipulations de son contrat de mariage (conventions matrimoniales expresses), mais aussi ceux qui résultent des seules dispositions de la loi, auxquelles les parties sont censées s'être référées par cela seul qu'elles n'y ont pas dérogé (conventions matrimoniales tacites).

L'hypothèque légale pour raison de la dot et des conventions matrimoniales prend rang du jour de la célébration du mariage.

Cependant les textes n'ont pas à cet égard toute la netteté désirable. En effet, tandis que l'art. 2135-2° fait dater l'hypothèque dont il s'agit du jour du *mariage,* l'art. 2194 semble dire qu'elle prend rang du jour du *contrat de mariage :* expression qui désigne généralement le contrat notarié relatif aux biens, contrat qui précède nécessairement le mariage (art. 1394) et peut quelquefois le précéder de longtemps. — En supposant qu'il y ait, comme quelques-uns l'ont prétendu, antinomie entre ces deux dispositions, c'est à la solution donnée par l'art. 2135 qu'il faudrait s'en tenir. En effet ce texte, qui a été écrit tout exprès pour déterminer le rang de

l'hypothèque légale de la femme mariée, doit prévaloir à ce titre sur l'art. 2194, qui ne touche cette question que tout à fait incidemment sans se proposer de la résoudre, et dans lequel par suite le rédacteur a pu ne pas peser avec rigueur ses expressions sur un point de détail qui n'attirait pas particulièrement son attention. D'ailleurs on peut soutenir que l'antinomie n'existe pas, le législateur ayant très bien pu employer l'expression *contrat de mariage* dans l'art. 2194 pour désigner le contrat relatif à l'union des personnes, c'est-à-dire le mariage, bien que ce ne soit pas là son sens usuel. Enfin on chercherait en vain le motif, qui aurait pu porter le législateur à faire rétroagir l'hypothèque de la femme au jour du contrat pécuniaire de mariage. Notre ancien droit, il est vrai, le décidait ainsi ; mais c'était une conséquence du principe que les actes notariés d'où résultaient des obligations, les contrats de mariage comme les autres, emportaient de plein droit hypothèque générale sur tous les biens du débiteur. On sait que notre législateur a abandonné le principe ; il serait singulier qu'il eût maintenu la conséquence.

2. *Successions et donations.*

1336. Une succession échoit à une femme mariée, et cette succession, nous le supposons, fait partie de sa dot, c'est-à-dire des biens soumis au droit de jouissance du mari et dont la femme a le droit d'exercer la reprise : ce qui arrivera par exemple pour une succession échue à une femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Si, parmi les biens de cette succession, il y en a qui se consomment par le premier usage, par exemple des sommes d'argent ou des denrées, le mari, en vertu de son droit d'usufruit, en deviendra propriétaire, et sera débiteur envers la femme, pour l'époque où doit avoir lieu la restitution de sa dot, de sommes ou de valeurs équivalentes. L'hypothèque légale, qui garantit le paiement de ces *sommes dotales,* prendra rang *du jour de l'ouverture de la succession.* Peu importe que le mari n'ait pas reçu immédiatement lesdites sommes ou effets ; car il en est devenu responsable envers sa femme dès le moment de l'ouverture de la succession. — Quant aux biens de la succession, faisant partie de la dot, dont la femme demeure propriétaire, comme il arrive ordinairement pour les immeubles, il n'y aurait plus lieu d'appliquer la disposition qui nous occupe, en ce qui concerne le rang de l'hypothèque légale ; la femme est ici sauvegardée par son droit de propriété. Si elle consent à l'aliénation desdits biens, son hypothèque légale pour la récompense du prix touché par le mari ne datera que du jour de l'aliénation.

Pour les *sommes dotales* échues à la femme à titre de donation, l'hypothèque légale qui en assure la restitution prend rang, dit la loi, *à compter du jour que les donations ont eu leur effet;* par conséquent aussitôt que le contrat est devenu parfait, si la donation est pure et simple ou à terme, et à partir de la réalisation de la condition, si elle est conditionnelle.

3. *Indemnité des dettes que la femme a contractées conjointement ou solidairement avec son mari.*

1337. On sait que la femme, qui s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari pour les affaires de celui-ci ou de la communauté, est réputée caution de son mari (art. 1431), et qu'elle doit à ce titre être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. Eh bien ! l'hypothèque légale, qui garantit à la femme le paiement de cette indemnité, prend rang à dater du jour de l'obligation.

Si l'obligation est constatée par acte sous seing privé, l'hypothèque ne prendra rang qu'à compter du jour où cet acte aura acquis date certaine. En effet ceux auxquels la femme oppose son hypothèque légale sont des tiers; ils peuvent donc, aux termes de l'art. 1328, contester la date de l'acte, qui constate l'obligation et détermine par suite le rang de l'hypothèque, si cette date n'est pas devenue certaine par l'un des modes indiqués en l'art. 1328. La solution contraire, adoptée par quelques auteurs, favorise une fraude bien facile à commettre pour les époux, et qui consiste à antidater l'acte constatant l'obligation pour donner à la femme un rang d'hypothèque plus avantageux.

4. *Remploi des propres aliénés.*

1338. L'hypothèque légale qui garantit ce remploi ne prend rang que du jour de la vente. Il s'agit du remploi légal, autrement dit de la récompense ou indemnité due à la femme pour le prix de ses propres aliénés. La loi veut dire que l'hypothèque légale, qui garantit au profit de la femme la reprise du prix de ses propres aliénés, ne prend rang qu'à compter de la vente.

1339. La règle, que l'hypothèque légale de la femme, pour l'indemnité des dettes qu'elle contracte avec son mari ou pour le remploi du prix de ses propres aliénés, ne prend rang qu'à dater du jour de l'obligation ou de la vente, et non à partir du jour du mariage, se justifie facilement. Que l'on suppose un mari, qui, depuis le mariage, a grevé ses biens d'hypothèques pour leur valeur ; il a besoin d'argent, mais personne ne veut lui en prêter. Sa femme pourra lui en procurer bien facilement, sans se compromettre, si son hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle contracte avec son mari ou pour la récompense du prix de ses propres aliénés, prend rang à dater du jour du mariage. Elle empruntera de l'argent solidairement avec son mari, ou bien elle vendra un de ses propres, et elle sera sûre de rentrer dans ses fonds; car l'hypothèque qui lui en garantit le remboursement, prenant rang par hypothèse du jour du mariage, primera les hypothèques consenties par le mari. La bonne foi ne permettait pas que l'on autorisât la femme à se montrer ainsi généreuse aux dépens d'autrui, et notre législateur a bien fait de consacrer sur ce point la proposition du Tribunat, qui demandait que l'hypothèque légale ne prît rang que du jour de l'obligation ou de la vente.

* **1340.** L'art. 2135 formule dans les termes les plus généraux la règle que la femme n'a d'hypothèque pour le remploi de ses propres aliénés que du jour de l'aliénation. Cette règle devra donc être appliquée, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux, fût-ce le régime dotal. Par conséquent, la femme dotale ne pourra exercer son hypothèque légale qu'à dater du jour de l'aliénation, pour la reprise du prix de ses immeubles dotaux. Il faut supposer que l'aliénation est valable, ou bien que la femme la ratifie après la dissolution du mariage, si elle

est nulle pour avoir été faite en dehors des cas exceptionnels où la loi l'autorise ou sans l'accomplissement des conditions qui en assurent la validité.

La solution contraire paraît triompher en doctrine et en jurisprudence. On dit que les biens dotaux font partie de la dot de la femme, et qu'aux termes de l'art. 2135-2°, al. 1, l'hypothèque légale qui garantit la restitution de la dot date du jour du mariage; donc c'est à cette époque que doit prendre rang l'hypothèque légale, destinée à garantir au profit de la femme la reprise du prix de ses immeubles dotaux aliénés. — Mais est-ce que les propres de la femme, mariée en communauté ou sous le régime de non-communauté, ne font pas aussi partie de sa dot? Cependant, s'ils ont été aliénés, la femme n'a d'hypothèque pour la reprise du prix que du jour de l'aliénation : la règle, qui fait dater du jour du mariage l'hypothèque garantissant la restitution de la dot, reçoit ici exception. Pourquoi cette exception, qui est formulée dans les termes les plus généraux, ne s'appliquerait-elle pas à la femme dotale? Serait-ce, comme on l'a prétendu, parce que la loi parle des *propres* aliénés, expression que l'on oppose ordinairement à celle de *conquêts,* et qui suppose par conséquent que la femme est mariée sous un régime où ses biens tantôt demeurent propres et tantôt deviennent conquêts, c'est-à-dire sous le régime de la communauté, et non sous le régime dotal où tous ses biens lui sont propres? — Mais d'abord, avec cette interprétation, ce ne serait pas seulement à la femme dotale qu'il faudrait déclarer notre disposition inapplicable, mais d'une manière générale à toute femme mariée sous un régime autre que celui de la communauté; car la communauté est le seul régime sous lequel tous les biens de la femme ne lui soient pas propres; or cette interprétation ne saurait être admise et n'est acceptée par personne. Et puis on se demande quelle autre expression le législateur aurait pu employer : l'expression *biens personnels* aurait donné lieu à la même objection que le mot *propres,* et celle de *biens de la femme* aurait été trop compréhensive, puisqu'elle aurait embrassé même les biens de la femme qui tombent dans la communauté. D'ailleurs, et cela semble décisif, les motifs qui ont fait admettre l'exception dont il s'agit, s'appliquent aussi bien à la femme dotale qu'à celle qui est mariée sous tout autre régime. Ce que le législateur a voulu éviter, c'est que la femme pût, sans se compromettre elle-même, et en compromettant les droits des autres créanciers de son mari, procurer des ressources à celui-ci en consentant à l'aliénation de ses propres; or ce danger existe sous le régime dotal comme sous les autres.

Nous n'admettrions même pas d'exception à la doctrine que nous venons de développer pour le cas où l'aliénation aurait été faite en vertu d'une clause du contrat de mariage, qui confère au mari le droit de vendre les immeubles dotaux sans le concours de la femme et à charge de remploi; *lex non distinguit.* Sauf à la femme, si le remploi n'a pas été effectué ou s'il ne l'a pas été dans les conditions prescrites par le contrat, à demander la nullité de l'aliénation (*supra* n. 369). Les intérêts de la femme nous semblent ainsi suffisamment sauvegardés.

Finalement, quand un immeuble dotal a été vendu, de deux choses l'une : ou l'aliénation est valable, et alors la femme a pour la reprise du prix son hypothèque légale datant du jour de l'aliénation; ou bien la vente est nulle, et dans ce cas la femme peut, à son choix, soit en demander la nullité, ce qui lui permettra de reprendre son bien en nature, soit ratifier la vente et exercer pour la reprise du prix son hypothèque légale à dater du jour de l'aliénation.

1341. Nous avons achevé la liste des créances, pour lesquelles la loi a déterminé d'une manière précise le rang de l'hypothèque légale de la femme mariée. Mais ces créances ne sont pas les seules auxquelles la garantie de l'hypothèque légale soit attachée; nous l'avons déjà dit (*supra* n. 1227), l'énumération de l'art. 2135-2° n'est nullement limitative. Quel sera le rang de l'hypothèque légale pour les créances qui ne figurent pas dans cette énumération? Telle est la question qu'il nous faut maintenant résoudre. Elle fait l'objet de graves difficultés.

Dans une première opinion, on dit que le point de départ, adopté par le législateur et qui a servi de base aux décisions de l'art. 2135, consiste à assigner à l'hypothèque légale de la femme, pour chaque créance, la date du jour où cette créance a pris naissance ; cette règle devra donc être appliquée dans tous les cas non prévus. — L'art. 2135, à notre avis, proteste contre cette interprétation. Si le législateur avait eu la pensée qu'on lui prête, il aurait dû faire dater l'hypothèque légale pour raison de la dot, non du jour du mariage, mais du jour où le mari a reçu le paiement de la dot ; car c'est seulement à dater de ce paiement, qui peut survenir longtemps après la célébration du mariage, que le mari devient débiteur et par suite la femme créancière de la dot ; de même il aurait dû faire dater l'hypothèque légale, pour raison des sommes dotales échues à la femme par succession, du jour où le mari a touché ces sommes, et non du jour de l'ouverture des successions.

D'après une seconde opinion, le principe, qui sert de base aux décisions contenues dans l'art. 2135-2° et qui doit être appliqué dans tous les cas non prévus par ce texte, doit être ainsi formulé : L'hypothèque prend rang pour chaque créance de la femme contre son mari du jour où commence la responsabilité de celui-ci. — Il resterait à établir pour chaque créance le moment précis où cette responsabilité commence, et ce n'est pas toujours chose facile.

Enfin quelques-uns disent : Le législateur n'ayant pas formulé le principe qui a servi de base à ses décisions, il est assez difficile de le découvrir. Qui sait même, s'il avait un principe ? On doit donc, dans chaque cas non prévu, déterminer le rang de l'hypothèque légale à l'aide de l'interprétation analogique.

Aucune de ces solutions ne nous satisfait, et voici celle que nous proposons. Le projet primitif, s'inspirant d'un principe analogue à celui qui a été admis pour l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, assignait à l'hypothèque légale de la femme un rang unique pour toutes ses créances contre son mari : il la faisait dater du jour du mariage. Citons le texte même du projet : « L'hypothèque existe, » indépendamment de toute inscription. — Au profit des femmes pour raison de » leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles appartenant au mari » et à compter du jour du mariage » (Fenet, t. XV, p. 336). L'article se terminait là. Il est vrai que, dans la rédaction définitive adoptée par le conseil d'Etat, le mot *reprises* a été intercalé entre la dot et les conventions matrimoniales (Fenet, t. XV, p. 401), et que ce même mot a disparu du texte de la loi, quand il a été remanié à la suite des observations du Tribunat ; mais il n'a été expliqué, ni pourquoi on avait ajouté le mot *reprises,* ni pourquoi on l'avait supprimé, et cet incident semble par suite avoir assez peu d'importance. Il n'en reste toujours pas moins que, dans le projet primitif, dont la formule se trouve aujourd'hui littéralement reproduite par l'art. 2135-2° al. 1, les mots *dot et conventions matrimoniales* comprenaient toutes les créances garanties par l'hypothèque légale, et que par suite, pour toutes indistinctement, l'hypothèque légale datait du jour du mariage. Les mots étant restés, nous croyons que le principe qu'ils exprimaient a été aussi conservé. La règle est donc, aujourd'hui encore, que l'hypothèque légale de la femme date du jour du mariage, et c'est cette règle qui devra être appliquée dans tous les cas pour lesquels le législateur n'y a pas fait exception.

Nous parlons de règle et d'exception.

L'alinéa 1er de l'art. 2135-2° est bien conçu dans les termes généraux qui annoncent une règle : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription...; 2° Au » profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les » immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage ». Nous disons que ce texte signifie, comme le projet dont il reproduit littéralement les termes, que l'hypothèque légale de la femme, pour toutes les créances auxquelles elle est attachée, et sauf les exceptions dont le législateur va parler, prend rang du jour du mariage. La

plus importante de ces créances est désignée par le mot *dot,* les autres par l'expression *conventions matrimoniales :* et en effet toutes les créances de la femme contre son mari ont en définitive leur source dans les conventions matrimoniales. Ce qui prouve bien que ce texte a toute la généralité que nous lui donnons, c'est que, s'il devait être entendu dans un sens restreint, il y aurait un certain nombre de créances de la femme, auxquelles la garantie de l'hypothèque légale est attachée, qui ne rentreraient pas dans ses prévisions, et toutes celles-là demeureraient soumises à la formalité de l'inscription. Car l'art. 2135 n'attache la dispense d'inscription qu'aux créances qu'il énumère; et par conséquent, pour que toutes soient dispensées d'inscription, comme la raison l'exige et comme la doctrine l'enseigne, il faut nécessairement que toutes rentrent dans les prévisions de ce texte; or pour cela il est nécessaire de considérer ledit art. 2135-2° al. 1, comme formulant une règle générale applicable à toutes les créances de la femme indistinctement.

Nous avons donc dans l'art. 2135-2° al. 1 une règle générale applicable à toutes les créances de la femme garanties par l'hypothèque légale.

Et comment douter maintenant que les alinéas qui suivent contiennent bien des exceptions à la règle qui vient d'être posée? « La femme N'A hypothèque pour les sommes dotales... QU'A compter de l'ouverture... », dit l'alinéa 2; « Elle N'A hypothèque pour l'indemnité... QU'A compter du jour... », dit l'alinéa 3. C'est bien la formule de l'exception. Or, les exceptions étant de droit étroit et ne pouvant pas à ce titre être étendues en dehors des termes de la loi, il faut en conclure, ainsi que nous l'avons déjà annoncé, que, dans tous les cas non exceptés, c'est la règle qui devra être appliquée, c'est-à-dire que, pour toutes les créances qui, ne faisant pas l'objet des prévisions spéciales de la loi, demeurent comprises dans l'expression générale de *conventions matrimoniales,* l'hypothèque légale prendra rang du jour du mariage.

Il en serait ainsi notamment de l'hypothèque légale garantissant : 1° la reprise de sommes que le mari aurait touchées par suite de l'exercice d'une action rescisoire comprise dans la dot; 2° le paiement des dommages et intérêts dus par le mari à raison de dégradations qu'il aurait fait subir aux biens dotaux, et généralement à raison de toutes les fautes qu'il aurait commises dans l'administration de ces biens; 3° les créances résultant de l'administration des biens paraphernaux de la femme par le mari. Cette solution est généralement admise pour le cas où l'administration des paraphernaux a été conférée au mari par une clause du contrat de mariage; mais elle est rejetée pour le cas où elle lui a été confiée pendant le mariage par un mandat de sa femme et pour celui où il s'est emparé de l'administration sans mandat. Dans ces deux hypothèses, la plupart des auteurs font dater l'hypothèque légale du jour où le mari a reçu le mandat ou s'est emparé de l'administration, parce que c'est seulement à dater de ce jour que sa responsabilité commence.

* **1342.** La partie finale de l'art. 2135 contient une application du principe de la non-rétroactivité des lois (art. 2), sur laquelle nous n'insisterons pas, parce qu'elle ne présente plus guère d'intérêt pratique, à raison de son caractère transitoire. « *Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux « droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre* ». On sait que, d'après la législation en vigueur à l'époque de la promulgation du code civil (loi du 11 brumaire de l'an VII, art. 3), l'hypothèque légale des femmes mariées n'était opposable aux tiers qu'à la condition d'être inscrite. Eh bien! les droits, acquis sous l'empire de cette législation à des tiers, par exemple à des créanciers hypothécaires du mari, qui avaient fait régulièrement inscrire leur hypothèque à une époque où celle de la femme n'était pas encore inscrite, n'ont pas été ébranlés par la nouvelle législation, qui déclare l'hypothèque des femmes mariées opposable aux tiers indépendamment de toute inscription. Mais la femme a pu invoquer la dispense

d'inscription résultant de l'art. 2135 à dater du jour où le titre *Des privilèges et hypothèques* a pu être ramené à exécution. On exprime ordinairement cette idée en disant que la promulgation du titre *Des privilèges et hypothèques* a valu inscription au profit des femmes mariées dont l'hypothèque n'était pas encore inscrite, Cette formule n'est pas à l'abri de la critique.

Modifications apportées à l'art. 2135 par la loi sur la transcription.

1343. La dispense d'inscription, accordée aux mineurs, interdits et femmes mariées à raison de leur hypothèque légale, devait rationnellement cesser avec sa cause, c'est-à-dire avec l'incapacité du créancier (*supra*, n. 1329). Telle était peut-être l'intention du législateur de 1804; mais il avait omis de l'exprimer; et, comme l'art. 2135 formule la dispense d'inscription dans des termes absolus, on en avait conclu qu'elle devait subsister indéfiniment, par conséquent même après la cessation de sa cause, c'est-à-dire de l'incapacité du créancier. Voyez l'avis du conseil d'Etat du 8 mai 1812. La loi du 23 mars 1855 a fait disparaître cette *inelegantia juris*. L'art. 8 de cette loi porte : *Si la veuve,* » *le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héri-* » *tiers ou ayants cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la* » *dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque* » *ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieu-* » *rement* ».

Ainsi, la loi se trouve aujourd'hui d'accord avec la raison. *Désormais la dispense d'inscription ne survivra plus à la cause qui l'a fait établir.* Cette formule, qui est une traduction libre de la disposition que nous venons de transcrire, nous paraît reproduire exactement la pensée qui inspirait le législateur, pensée qu'il n'a exprimée qu'à moitié et qu'il faut compléter. En effet, l'art. 8 ne prévoit que les cas où l'incapable survit à la cause qui met fin à son incapacité, c'est-à-dire le cas où l'incapacité de la femme mariée cesse par la mort de son mari, celui où l'incapacité du mineur cesse par l'avènement de sa majorité, celui enfin où l'incapacité de l'interdit cesse par la mainlevée de son interdiction. Argument des mots « la *veuve,* le mineur *devenu majeur,* l'in- » terdit *relevé de l'interdiction,* LEURS héritiers ». La loi est muette sur le cas, bien fréquent cependant, où l'incapacité de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit cesse par leur mort. En résulte-t-il que la dispense d'inscription continuera d'exister au profit de leurs héritiers ? En d'autres termes, de ce que la loi ne fait cesser la dispense d'inscription que pour les héritiers de la *veuve,* du mineur *devenu majeur,* de l'interdit *relevé de l'interdiction,* conclura-t-on que la dispense d'inscription subsiste au profit des héritiers de la femme morte avant son mari, du mineur mort avant sa majorité, de l'interdit mort dans les liens de l'interdiction? Une semblable solution serait conforme au texte de la loi; mais elle en violerait si manifestement l'esprit que

personne ne l'admet. Les héritiers de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit, même quand leur auteur est mort en état d'incapacité, ne sont pas, à l'égard du mari ou du tuteur, dans cet état de dépendance et de subordination qui a motivé la dispense d'inscription de l'hypothèque légale ; alors pourquoi maintenir à leur profit cette dispense ?

La dispense d'inscription cesse pour les héritiers de la femme, du mineur ou de l'interdit, même lorsqu'ils sont mineurs ; car la loi ne distingue pas. Il y aurait bien, au profit desdits héritiers mineurs, dispense d'inscription pour l'hypothèque légale qui leur appartient de leur propre chef sur les biens de leur tuteur, mais non pour celle qui leur appartient du chef de la femme, du mineur ou de l'interdit dont ils sont héritiers. Cette dernière hypothèque doit être inscrite par les soins de leur tuteur : et, s'il néglige de le faire, les héritiers mineurs n'auront qu'une action en dommages et intérêts contre lui, mais ils ne seraient pas relevés de la déchéance encourue par le défaut d'inscription dans le délai fixé par la loi. En ce sens, Cass., 2 juillet 1877, Sir., 77. 1. 415.

* **1344.** La solution que nous venons de développer est cependant assez gravement contestée pour le cas où il s'agit des héritiers mineurs de la femme prédécédée, qui se trouvent être sous la tutelle du mari survivant : ce qui est de droit quand ces héritiers sont des enfants du mariage (art. 390). Subordonner en pareil cas l'efficacité de l'hypothèque de la femme, au profit de ses enfants mineurs, à une inscription qui doit être prise par leur tuteur, c'est-à-dire précisément par le débiteur même dont les biens sont grevés de l'hypothèque, n'est-ce pas mettre les mineurs à la merci de leur tuteur, qui, étant intéressé à ce que l'hypothèque ne soit pas inscrite, négligera presque toujours de remplir cette formalité? — On oublie que le subrogé tuteur est là pour veiller aux intérêts des mineurs, qui se trouvent en opposition avec ceux de leur tuteur (art. 420) : il devra faire opérer l'inscription au cas où le tuteur négligerait ce soin. D'ailleurs, si l'on reconnaît que l'art. 8 est applicable aux héritiers de la femme prédécédée, il doit leur être appliqué dans tous les cas sans distinction. En ce sens, Cass,, 22 août 1876, Sir., 76. 1. 471. En sens contraire, Lyon, 11 janvier 1876, Sir., 76. 2. 203.

1345. La règle à suivre est donc bien simple : Toute cause qui fait cesser l'incapacité, sur le fondement de laquelle la dispense d'inscription était accordée, met fin à cette dispense.

Ainsi la dispense d'inscription cesse :

Pour l'hypothèque légale de la femme mariée, par la dissolution du mariage ; mais non par la séparation de biens, ni même par la séparation de corps, car elle ne met pas fin à l'incapacité de la femme, tout au moins elle ne la fait cesser qu'en partie.

Pour l'hypothèque légale du mineur, par l'avènement de sa majorité ou par sa mort ; mais non par son émancipation, car l'émancipation ne fait pas cesser l'incapacité du mineur, ni par toute autre cause qui mettrait fin à la tutelle quant au tuteur seulement et non quant au mineur, telle que la mort ou la destitution du tuteur, bien que la loi parle d'une manière générale de la *cessation de la tutelle.*

Enfin, pour l'hypothèque légale de l'interdit, la dispense de l'ins-

cription cessera par la main levée de l'interdiction, ou par la mort de l'interdit survenue avant que cette mainlevée ait été obtenue.

1346. La cessation de l'incapacité de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit sert de point de départ à un délai d'un an, dans lequel l'hypothèque légale doit être inscrite; on comprend que la loi ne pouvait pas exiger que la formalité de l'inscription fût remplie immédiatement après la cessation de l'incapacité. Le délai court contre le titulaire de l'hypothèque et contre ses héritiers majeurs ou mineurs.

* L'inscription peut être prise utilement dans ledit délai d'un an, malgré la survenance de l'un des évènements prévus par l'art. 2146; car il ne s'agit pas, pour le créancier qui s'inscrit, d'*acquérir* par l'inscription un rang pour son hypothèque, mais de *conserver* celui qui lui appartient en vertu d'une disposition spéciale de la loi.

* Notons que l'inscription prise par un subrogé ne profiterait pas à la femme, si du moins le subrogé n'a pris inscription qu'en vue de conserver le droit qui lui a été transmis par la subrogation, et non celui que la femme peut être appelée à exercer après lui, ce que révèleront les termes de l'inscription. La femme ne serait donc pas dispensée, pour conserver son droit, d'inscrire son hypothèque dans l'année de la dissolution du mariage. Cpr. Orléans, 9 juin 1874, Sir., 74. 2. 302.

1347. Inscrite dans le délai dont il vient d'être parlé, fût-ce le dernier jour, l'hypothèque légale conserve toutes ses prérogatives : elle continuera donc à grever tous les immeubles présents et à venir du débiteur, et conservera le rang que lui assigne l'art. 2135.

Qu'arrivera-t-il maintenant, si l'inscription n'a pas été prise dans le délai légal? L'hypothèque conservera son caractère de généralité; mais elle perdra son rang de faveur. On lui appliquera sur ce point le droit commun, c'est-à-dire qu'elle ne datera à l'égard des tiers que *du jour de l'inscription prise ultérieurement.*

Encore faut-il que l'inscription ait été prise en temps utile, c'est-à-dire avant la survenance de l'un des évènements qui arrêtent le cours des inscriptions. Ainsi l'inscription ne produirait aucun effet, si elle avait été prise après le jugement qui déclare la faillite du débiteur. Voyez *infra* l'explication de l'art. 2146.

1348. Observation. — La disposition de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 est applicable, non seulement aux héritiers des femmes mariées, mineurs ou interdits, mais encore à leurs *ayants cause :* expression qui désigne, outre les successeurs universels (donataires ou légataires universels ou à titre universel) les cessionnaires qui auraient acquis les créances des divers incapables depuis la cessation de leur incapacité et les tiers au profit desquels la femme aurait consenti une subrogation dans son hypothèque légale. Voyez en outre pour ces derniers l'art. 9 de la loi.

1349. Disposition transitoire. — On lit dans l'art. 11 al. 5 de la loi du 23 mars 1855 : « *L'inscription exigée par l'article 8 doit être prise dans l'année à » compter du jour où la loi est exécutoire; à défaut d'inscription dans ce délai, » l'hypothèque légale ne prend rang que du jour où elle est ultérieurement inscrite* ». C'était une sorte de mise en demeure, adressée à tous les créanciers à hypothèque légale dont l'incapacité avait alors cessé, mais dont les droits n'étaient pas encore liquidés, de prendre inscription dans le délai d'un an à dater du 1er janvier 1856,

jour où la loi est devenue exécutoire (art. 10). La sanction est celle contenue dans l'art. 8 *in fine*.

N° 3. Mesures tendant à assurer autant que possible la publicité des hypothèques dispensées d'inscription.

1350. C'est à regret que le législateur s'est décidé à admettre, en faveur de l'hypothèque légale des mineurs, interdits et femmes mariées, une exception au grand principe de la publicité, exception qui a été considérée comme indispensable pour que ces incapables fussent protégés d'une manière efficace. Aussi a-t-il pris les mesures nécessaires pour assurer autant que possible l'inscription desdites hypothèques, sans cependant subordonner leur efficacité à l'accomplissement de cette formalité. Dans ce but, le législateur oblige certaines personnes et en invite certaines autres à faire inscrire les hypothèques dont s'agit.

I. *Personnes obligées de requérir l'inscription.*

1351. Ce sont : 1° les maris et tuteurs (art. 2136); 2° le subrogé tuteur (art. 2137); 3° le procureur de la République (art. 2138).

1352. 1° Maris et tuteurs. « *Sont toutefois les maris et les tuteurs » tenus de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, » et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription » aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant, et sur » ceux qui pourront leur appartenir par la suite* » (art. 2136 al. 1).

La loi dit : « *sur les immeubles à eux appartenant* » : ce qui donnerait à penser que le mari ou le tuteur doit prendre une inscription spéciale sur chaque immeuble dont il est propriétaire. Mais il résulte de l'art. 2148 al. final, qu'il suffit de prendre une seule inscription à chaque bureau dans le ressort du quel le mari ou le tuteur possède un ou plusieurs immeubles.

1353. L'alinéa 2 de l'art. 2136 établit une sanction sévère contre le mari ou le tuteur, qui néglige de faire inscrire l'hypothèque légale dont ses biens sont grevés : « *Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les » inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre » des privilèges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément » que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des » mineurs, seront réputés stellionataires, et comme tels, contraignables par corps* ».

Le stellionat (1) est un délit civil prévu et défini par l'art. 2059 : « *La contrainte » par corps a lieu, en matière civile, pour le stellionat. — Il y a stellionat, — Lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire; » — Lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des » hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés* ».

Au trois cas de stellionat énumérés par ce texte, l'art. 2136 al. 2 en ajoute un quatrième, qui se réalise lorsqu'un mari ou un tuteur, n'ayant pas fait inscrire l'hypothèque légale dont ses biens sont grevés, a « consenti ou laissé prendre des

(1) D'après Cujas, *stellionat* vient de *stellio*, mot qui désigne une espèce de petit lézard extrêmement fin, qui se glisse partout. C'est pourquoi on a appelé du nom de *stellionat* toute sorte de dol ou de tromperie qui ne peut être désignée par un nom propre (de Ferrière). D'autres disent que *stellio*, d'où est dérivé *stellionat*, désigne un petit serpent qui change souvent de peau et en même temps de couleur. Aussi employait-on quelquefois le mot *stellio* comme signifiant *fourbe*.

privilèges ou des hypothèques » sur ses biens sans déclarer expressément l'existence de l'hypothèque légale dont ils sont grevés. Le membre de phrase que nous venons de transcrire « *consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques* » est extrêmement obscur. On explique facilement les mots *consentir des hypothèques*. Ainsi un tuteur, qui n'a pas fait inscrire l'hypothèque légale dont ses biens sont grevés au profit de son pupille, consent une hypothèque sur ces mêmes biens en faveur d'un de ses créanciers, sans le prévenir que cette hypothèque sera primée par celle de son pupille. Pour cette simple réticence, et alors même qu'il n'aurait commis aucun dol, le tuteur tombe sous le coup de notre article ; il est stellionataire. Remarquez qu'il ne le serait pas d'après l'art. 2059, qui suppose une déclaration mensongère et dolosive : ce qui est plus qu'une simple réticence. — Mais il faut se mettre l'esprit à la torture pour expliquer les mots *consenti... des privilèges, laissé prendre des privilèges ou des hypothèques*. D'abord on ne consent pas de privilèges ; et puis, qu'est-ce que laisser prendre des privilèges ou des hypothèques ? Nous nous bornerons à reproduire l'explication que l'on donne généralement. Un mari ou un tuteur vend à crédit un immeuble grevé de l'hypothèque légale, et acquiert ainsi le privilège de vendeur, privilège qui est primé par l'hypothèque légale dont tous ses biens sont grevés (*supra*, n. 1067) ; puis il reçoit le paiement du prix d'un tiers qu'il subroge dans son privilège, et il consent cette subrogation sans prévenir le subrogé que le privilège qu'il lui transmet est primé par l'hypothèque légale. Le mari ou le tuteur a *consenti*, ou plus exactement *laissé prendre*, au subrogé un privilège inefficace, sans déclarer la cause de cette inefficacité ; il est stellionataire par application de notre article. Même solution, si un mari ou un tuteur, ayant constitué sur ses biens pour la garantie d'une créance une hypothèque conventionnelle, qui est primée par l'hypothèque légale de sa femme ou de son pupille, emprunte de l'argent pour payer le créancier hypothécaire, et subroge le prêteur dans l'hypothèque du créancier désintéressé, sans le prévenir de l'existence de l'hypothèque légale qui le primera. Ici le mari a, non pas *consenti*, mais *laissé prendre* une hypothèque sur ses biens, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale ; il sera encore stellionataire.

La détermination précise du sens de la disposition que nous venons d'analyser sommairement, présentait une très grande importance à l'époque où la contrainte par corps existait en matière civile ; car cette sanction rigoureuse était attachée au stellionat ; l'art. 2059 le dit, et l'art. 2136 le répète. Depuis que la contrainte par corps a été abolie en matière civile par la loi du 22 juillet 1867, la sanction principale du stellionat en général et de l'art. 2136 al. 2 en particulier a disparu, et l'intérêt de notre question a ainsi considérablement diminué, sans cependant disparaître tout à fait ; car il reste encore dans nos lois quelques dispositions rigoureuses à l'endroit des stellionataires. Voyez notamment C. pr., art. 905, et C. co., art. 540.

Le tuteur ou le mari, qui vend un immeuble grevé de l'hypothèque légale, sans prévenir l'acquéreur de l'existence de cette hypothèque, ne tombe pas sous le coup de l'art. 2136. Ce cas est en dehors des prévisions du texte, et l'interprétation restrictive est de rigueur en matière de stellionat. D'ailleurs l'acquéreur pouvait tout au moins soupçonner l'existence de l'hypothèque légale et s'en débarrasser par la purge (art. 2193) ; il a donc quelque négligence à se reprocher.

1354. 2° Subrogé tuteur. « *Les subrogés tuteurs seront tenus, sous » leur responsabilité personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les » biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites » inscriptions* » (art. 2137).

La loi déclare le subrogé tuteur tenu *sous sa responsabilité personnelle;* et, comme cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux, on doit en conclure que toute personne, qui éprouve un préjudice par suite du défaut d'inscription de l'hypothèque légale, peut exercer une action en dommages et intérêts contre le subrogé tuteur, donc non seulement les tiers qui auraient eu intérêt à connaître l'hypothèque, par exemple ceux qui ont fait au tuteur un prêt hypothécaire, mais aussi, le cas échéant, le mineur lui-même, auquel le défaut d'inscription peut, ainsi qu'on le verra plus loin, causer préjudice au point de vue de l'exercice du droit de suite.

1355. 3° Procureur de la République. « *A défaut par les maris,* » *tuteurs, subrogés tuteurs, de faire faire les inscriptions ordonnées par* » *les articles précédents, elles seront requises par le procureur du Roi* » *près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs,* » *ou du lieu de la situation des biens* » (art. 2138).

Cette disposition est impérative ; mais elle est dépourvue de sanction. C'est peut-être pour ce motif qu'on l'a laissée tomber en désuétude.

II. *Personnes auxquelles appartient la faculté de faire inscrire l'hypothèque légale.*

1356. « *Pourront les parents, soit du mari, soit de la femme, et les* » *parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis, requérir lesdites* » *inscriptions*; *elles pourront aussi être requises par la femme et les* » *mineurs* » (art. 2139).

Le tableau suivant indique les personnes auxquelles la loi accorde la faculté de faire inscrire l'hypothèque légale soit de la femme mariée, soit du mineur.

Hypothèque légale de la femme mariée.	*Hypothèque légale du mineur.*
1° La femme elle-même, sans qu'elle ait besoin d'aucune autorisation ;	1° Le mineur ;
2° Les parents du mari ;	2° Les parents du mineur ;
3° Les parents de la femme.	3° Les amis du mineur, mais à défaut de parents seulement.

En comparant les deux parties de ce tableau, on voit : d'une part, que l'inscription peut être prise par les parents du mari, qui sont des alliés de la femme, mais non par ceux du tuteur, s'ils ne sont pas en même temps parents du mineur ; d'autre part, que la loi parle des amis du mineur, mais non de ceux de la femme, qui se trouvent ainsi exclus. On a craint sans doute que l'immixtion d'un ami de la femme dans les affaires de celle-ci n'eût un caractère blessant pour le mari.

§ II. *De la restriction et de la réduction des hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée.*

1357. Les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit sont générales (art. 2122). Par cela même, il y aura souvent une grande disproportion entre l'importance du gage hypothécaire et celle de la créance à la sûreté de laquelle ce gage est affecté. Ainsi une femme, qui apporte une dot de 20,000 fr., épouse un homme dont la fortune immobilière a une valeur de 500,000 fr. ; ou bien un mineur sans fortune tombe sous la tutelle d'un millionnaire. Faut-il

absolument que la totalité d'un patrimoine de cette importance reste affectée à des créances aussi minimes, au grand détriment du crédit du mineur ou du tuteur ? Le législateur ne l'a pas pensé. Aussi permet-il de soustraire à l'hypothèque légale une partie du patrimoine du mari ou du tuteur, de manière à proportionner l'étendue du gage hypothécaire à l'importance de la créance qu'il s'agit de garantir. Tel est l'objet de la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale.

Précisons d'abord la différence qui existe entre la *restriction* et la *réduction*. Quand le gage hypothécaire est diminué au moment même où l'hypothèque légale prend naissance, c'est-à-dire à l'époque de la célébration du mariage ou de la délation de la tutelle, c'est le cas de la *restriction,* prévu et réglé par les art. 2140 à 2142. L'hypothèque légale est cantonnée dès l'origine, elle naît diminuée. Si au contraire on suppose que l'hypothèque légale n'a pas été restreinte à l'origine, auquel cas elle a affecté *ab initio* tous les immeubles du mari ou du tuteur, et que, pendant le cours du mariage ou de la tutelle, on dégrève de l'hypothèque une partie des biens sur lesquels elle porte, ce sera le cas de la *réduction,* prévu par les art. 2143 à 2145. En deux mots, la restriction est un cantonnement de l'hypothèque opéré dès l'origine, la réduction est un dégrèvement fait après coup. On remarquera que la loi emploie l'expression *restriction* pour désigner l'une et l'autre opération ; cependant le mot *réduction* figure dans l'art. 2145. Il est plus facile de s'entendre en employant des expressions distinctes pour chaque hypothèse ; c'est ce que nous allons faire.

N° 1. Restriction.

1358. Les règles qui gouvernent la restriction varient, suivant qu'il s'agit de l'hypothèque légale de la femme mariée ou de celle des mineurs et des interdits.

I. *Restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée.*

1359. « *Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties majeures* » *seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains* » *immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour* » *l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot* » *de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne* » *pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription* » (art. 2140).

On le voit, la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée s'effectue à l'aide d'une convention, qui ne peut être contenue que dans le contrat de mariage ou dans un acte modificatif passé dans la forme prescrite par l'art. 1396. Cette convention précède ainsi nécessairement le mariage, et reçoit, comme toutes les conventions matri-

moniales, sa perfection par la célébration du mariage, de sorte que l'hypothèque légale naît restreinte.

La loi exige, pour la validité de cette restriction contractuelle, que les parties soient *majeures*. Comme il est impossible d'expliquer rationnellement pourquoi la majorité du futur époux serait nécessaire, puisqu'il s'agit d'une convention qui ne peut qu'améliorer sa situation, on admet que la restriction de l'hypothèque est possible quand le mari est mineur, pourvu que la femme soit elle-même majeure, et on explique ces mots du texte *les parties majeures* en disant que le législateur a supposé que le mari sera toujours majeur quand la femme le sera elle-même : ce qui arrive en effet le plus ordinairement, la différence d'âge dans le mariage existant généralement au profit de la femme.— La restriction consentie par la femme mineure dans son contrat de mariage serait nulle (Limoges, 2 avril 1887, Sir., 88. 2. 216). Cette solution, que le texte de la loi commande d'admettre, ne satisfait guère la raison. La femme mineure peut consentir dans son contrat de mariage toutes les conventions que pourrait consentir un majeur, sous la seule condition d'être assistée des personnes que désigne l'art. 1398. Avec cette assistance elle peut même donner tous ses biens à son futur époux dans les limites de la quotité disponible. Pourquoi ne peut-elle pas, dans les mêmes conditions, consentir à la restriction de son hypothèque légale? Cpr. *supra*, n. 27.

1360. Moyens pratiques d'opérer la restriction. — Deux procédés peuvent être employés pour restreindre l'hypothèque légale de la femme mariée par le contrat de mariage, celui de la spécialisation et celui de l'exclusion.

a. — *Spécialisation.* Ce procédé consiste à désigner les immeubles qui demeureront grevés de l'hypothèque légale, tous ceux qui ne sont pas mentionnés dans la convention en étant par cela même affranchis.

b. — *Exclusion.* On désigne les immeubles qui seront affranchis de l'hypothèque légale ; tous les autres y demeurent par cela même soumis.

Ces deux procédés ne conduisent pas aux mêmes résultats. En effet, quand on a eu recours à la voie de la spécialisation, tous les immeubles non désignés dans la convention demeurent affranchis de l'hypothèque légale, même les immeubles à venir ; tandis que, si l'on a procédé par la voie de l'exclusion, les immeubles à venir restent soumis à l'hypothèque.

1361. L'hypothèque légale, restreinte par l'un des deux moyens qui viennent d'être indiqués, ne cesse pas d'être dispensée d'inscription, en ce sens qu'elle produira ses effets alors même qu'elle ne serait pas inscrite. Mais le mari est obligé, sous la sanction de l'art. 2136, d'en faire opérer l'inscription, sauf bien entendu à la requérir seulement sur les immeubles qui restent soumis à l'hypothèque (art. 2142).

1362. Les parties, même majeures, ne pourraient pas, comme le permettait le projet, convenir que la femme n'aura d'hypothèque sur aucun des immeubles du mari. On a craint sans doute que cette clause ne devînt de style dans les contrats de mariage. D'ailleurs, la loi jugeant l'hypothèque légale nécessaire à la sûreté de la femme, ne devait pas lui permettre de se dépouiller de cette garantie.

II. *Restriction de l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.*

1363. Le conseil de famille, en nommant un tuteur, peut, dans l'acte même de nomination, restreindre l'hypothèque légale qui doit

grèver ses biens. « *Il en sera de même pour les immeubles du tuteur,* » *lorsque les parents, en conseil de famille, auront été d'avis qu'il ne soit* » *pris d'inscription que sur certains immeubles* » (art. 2141).

Si le tuteur est présent à la délibération du conseil de famille qui lui défère la tutelle, il doit à peine de déchéance demander de suite la restriction. S'il est absent, il peut la demander dans le délai qui lui est accordé pour réclamer contre sa nomination (art. 439); car, en demandant la restriction, il formule après tout une réclamation partielle contre sa nomination.

Le conseil de famille, qui restreint l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, peut procéder soit par voie de *spécialisation,* soit par voie d'*exclusion,* comme il a été dit au sujet de l'hypothèque légale de la femme mariée (*supra* n. 1360).

L'inscription ne doit être prise, soit par le tuteur, soit par le subrogé tuteur, que sur les immeubles qui restent soumis à l'hypothèque (art. 2142).

Le conseil de famille ne pourrait pas décider qu'il ne sera pris aucune inscription. Argument des mots : *Il en sera de même* (art. 2141), qui viennent immédiatement après cette phrase de l'art. 2140 : *Il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.*

La restriction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit n'est possible que lorsqu'il s'agit d'une tutelle déférée par le conseil de famille. Dans la tutelle déférée par la loi, l'hypothèque légale atteint tous les immeubles du tuteur; car elle naît en même temps que la tutelle, et forcément avec toute la plénitude que la loi lui donne; il ne peut donc être question que de la faire réduire ultérieurement. Même résultat en ce qui concerne la tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère. On a soutenu à tort que le père ou la mère, en déférant cette tutelle, peut, dans l'acte même de nomination, restreindre l'hypothèque légale du mineur; un texte nous paraîtrait nécessaire pour qu'il eût ce droit.

N° 2. Réduction.

1364. La réduction de l'hypothèque légale qui n'a pas été cantonnée dès son origine, ne peut résulter que d'une décision judiciaire, pour l'obtention de laquelle la loi exige l'accomplissement de formalités qui varient, suivant qu'il s'agit de l'hypothèque légale des mineurs et interdits ou celle de la femme mariée.

I. *Réduction de l'hypothèque légale des mineurs et interdits.*

1365. « *Lorsque l'hypothèque n'aura pas été restreinte par l'acte de* » *nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans le cas où l'hypothèque* » *générale sur ses immeubles excèderait notoirement les sûretés suffisan-* » *tes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit restreinte aux* » *immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mi-* » *neur. — La demande sera formée contre le subrogé tuteur, et elle devra* » *être précédée d'un avis de famille* » (art. 2143).

« *Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs ne seront* » *rendus qu'après avoir entendu le procureur du Roi, et contradictoire-* » *ment avec lui. — Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de* » *l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les* » *autres seront rayées* » (art. 2145).

Il résulte de ces deux textes que cinq conditions sont nécessaires pour la réduction de l'hypothèque légale du mineur.

1° *Il faut que l'hypothèque légale n'ait pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur.* Autrement elle serait devenue conventionnelle, et les hypothèques conventionnelles ne sont pas susceptibles de réduction (art. 2161 *in fine*).

2° *Il faut que le patrimoine immobilier du tuteur ait une valeur sensiblement supérieure au montant probable des créances garanties par l'hypothèque légale.*

3° *La demande doit être formée contre le subroyé tuteur.* Le tuteur, qui est demandeur à l'action en réduction, ne peut pas représenter le mineur, défendeur à cette même action : ce qui conduirait à dire qu'il formera la demande contre lui-même. C'est le cas de faire intervenir le subrogé tuteur, qui agit pour le mineur toutes les fois que ses intérêts sont en collision avec ceux du tuteur (art. 420).

4° *Le ministère public doit être entendu dans ses conclusions.* Il n'est d'ailleurs ici que partie jointe ; c'est le subrogé tuteur qui est partie principale.

5° *La demande doit être précédée d'un avis du conseil de famille.* En aucun cas, cet avis ne lie le juge; il ne s'agit pas en effet pour le tribunal d'homologuer l'avis du conseil de famille, mais bien de statuer après avoir pris préalablement cet avis. Au surplus, la décision du tribunal en cette matière n'a rien d'irrévocable : le tribunal pourrait donc, après avoir refusé la réduction, l'accorder sur une nouvelle demande par une sentence ultérieure, à la suite de modifications survenues dans la fortune du tuteur ou dans celle du mineur.

II. *Réduction de l'hypothèque légale des femmes mariées.*

1366. « *Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme,* » *et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle,* » *réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale* » *sur tous ses immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conven-* » *tions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la* » *conservation entière des droits de la femme* » (art. 2144).

En joignant à ce texte l'art. 2145 ci-dessus reproduit, on voit que six conditions sont requises pour la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée. Il faut :

1° *Que la femme soit majeure* (argument *a fortiori* de l'art. 2140) ;

2° *Que l'hypothèque n'ait pas été restreinte par le contrat de mariage* (argument du mot *pareillement* de l'art. 2144) ;

3° *Que la femme consente à la réduction ;*

4° *Que les immeubles du mari aient une valeur notoirement supérieure à ce qui est nécessaire pour la sûreté des droits de la femme ;*

5° *Que la demande soit précédée d'un avis d'une assemblée de famille, composée exceptionnellement des quatre plus proches parents de la femme ;*

6° *Que la demande soit formée contre le procureur de la République.* Ce magistrat est ici partie principale, et non partie jointe comme dans le cas où il s'agit de la réduction de l'hypothèque légale du mineur.

1367. Les formalités que nous venons d'énumérer sont requises, lorsqu'il s'agit de réduire l'hypothèque légale de la femme *au profit du mari,* mais non lorsque la femme veut renoncer à son hypothèque légale au profit d'un tiers ou l'y subroger. Il suffit dans ce dernier cas que la femme soit autorisée comme de droit, c'est-à-dire par son mari ou par la justice. Cette différence s'explique facilement. Quand tout se passe entre les deux époux, comme il arrive pour la réduction de l'hypothèque légale, la loi ne devait pas se contenter de l'autorisation du mari, qu'il aurait peut-être accordée trop facilement, parce que la réduction est toute dans son intérêt. D'ailleurs

on devait redouter l'abus de l'influence maritale. Mais les mêmes raisons n'existaient plus, du moins aussi puissantes, pour faire considérer l'autorisation du mari comme insuffisante, quand la femme veut se dépouiller de son hypothèque légale en faveur d'un tiers par voie de cession ou de renonciation. Il est vrai que le mari profitera souvent de cette renonciation qui augmente son crédit; mais ordinairement il n'en profitera pas seul, comme de la réduction, la femme ayant la plupart du temps intérêt au succès de l'opération que facilite sa renonciation à l'hypothèque légale.

CHAPITRE IV

DU MODE DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

1368. Division. — En quel lieu et en quel temps doit être prise l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque; comment s'opère l'inscription, et quelles sont les énonciations qu'elle doit contenir; quels sont les effets de l'inscription; pendant combien de temps ces effets se produisent-ils? Telles sont les principales questions, que la loi traite dans ce chapitre et autour desquelles nous grouperons nos explications sur cette matière.

§ I. *En quel lieu et en quel temps l'inscription doit être prise.*

N° 1. En quel lieu.

1369. « *Les inscriptions se font au bureau de conservation des hypo-* » *thèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au* » *privilège ou à l'hypothèque* » (art. 2146 al. 1). Il y a une conservation hypothécaire par arrondissement; elle est située au lieu où siège le tribunal de première instance, et sa circonscription est la même. Ces règles ne souffrent exception que pour le département de la Seine, où il y a trois conservations hypothécaires, Paris, Saint-Denis et Sceaux, pour un seul arrondissement judiciaire.

L'inscription se prend sur le propriétaire des biens grevés du privilège ou de l'hypothèque, et non sur les biens eux-mêmes. Chaque propriétaire d'immeubles a un compte ouvert à la conservation des hypothèques; sur ce compte on mentionne les charges dont ses biens sont grevés.

Une inscription ne pouvant produire effet que dans les limites territoriales de la conservation hypothécaire où elle est prise, il en résulte que plusieurs inscriptions seront nécessaires, si les biens hypothéqués ou grevés du privilège ne sont pas compris en totalité dans la circonscription d'une même conservation. Il faut en pareil cas prendre une inscription distincte au bureau de chaque conservation hypothécaire, dans la circonscription de laquelle se trouve situé, soit un des immeubles, soit une fraction, si minime qu'elle soit, des immeubles ou de l'un des immeubles grevés du privilège ou de l'hypothèque. Autrement

les immeubles ou les portions d'immeubles, situées en dehors de la circonscription du bureau où l'inscription a été prise, ne seraient pas touchées par l'inscription.

L'inscription des hypothèques ou des privilèges, établis sur des actions de la Banque de France immobilisées, doit être prise au bureau des hypothèques de Paris. C'est là qu'est situé l'immeuble fictif, sur lequel est assis le privilège ou l'hypothèque. Cpr. décret du 16 janvier 1808, art. 7, et loi du 17 mai 1834, art 5.

N° 2. En quel temps l'inscription doit être prise.

1370. Pour résoudre cette question, il faut rechercher successivement à dater de quelle époque et jusqu'à quelle époque l'inscription peut être utilement prise.

I. *A dater de quelle époque l'inscription peut être prise.*

1371. En principe, l'inscription peut être prise immédiatement après la naissance du privilège ou de l'hypothèque. Cette règle comporte deux exceptions, que nous connaissons. La première est relative à l'hypothèque établie sur les biens à venir : le créancier ne peut prendre inscription qu'au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur (*supra,* n. 1308). La seconde résulte de l'art. 1 de la loi du 3 septembre 1807 (*supra,* n. 1270).

II. *Jusqu'à quelle époque l'inscription peut être utilement effectuée.*

1372. En principe aussi, il n'y a pas de délai fatal pour opérer l'inscription : cette formalité peut être utilement remplie, tant que l'hypothèque ou le privilège n'est pas éteint par les voies légales, quels que soient d'ailleurs les changements survenus dans la situation du débiteur et sauf au créancier retardataire à se voir primé par ceux qui se seraient inscrits avant lui. Cette deuxième règle a aussi ses exceptions. Certains événements arrêtent le cours des inscriptions. Ce sont : 1° la transcription de l'acte constatant l'aliénation du bien grevé du privilège ou de l'hypothèque ; 2° la faillite du débiteur sur les biens duquel existe le privilège ou l'hypothèque ; 3° sa mort suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession.

1. *Transcription de l'acte d'aliénation.*

1373. Le propriétaire d'un immeuble, grevé d'une hypothèque soit conventionnelle, soit judiciaire, ou d'un privilège, vend cet immeuble avant que l'hypothèque ou le privilège ait été inscrit ; le créancier pourra-t-il encore utilement prendre inscription ? Il ne le pouvait pas sous l'empire du code civil, d'après lequel la vente d'un immeuble était efficace *erga omnes* aussitôt qu'elle était devenue parfaite par le

seul consentement des parties (t. II, n. 881). Aujourd'hui la vente d'un immeuble ne devient plus opposable aux tiers, qui tiennent leurs droits de l'aliénateur, que par la transcription (loi du 23 mars 1855, art. 3). Il en résulte que les privilèges et hypothèques, acquis du chef du vendeur, peuvent être utilement inscrits, même après la vente et tant que la transcription n'en a pas été opérée ; ils ne le peuvent plus, cette formalité remplie. La transcription arrête donc le cours des inscriptions de tous privilèges et hypothèques, acquis du chef du précédent propriétaire.

L'inscription, prise après la transcription de l'acte d'aliénation, serait destituée de toute efficacité, non seulement au point de vue du droit de suite, mais aussi au point de vue du droit de préférence. C'est ce qui résulte de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui dispose dans les termes les plus généraux que le créancier ne peut plus « prendre *utilement* inscription ». V. cependant *supra* n. 1241.

Toutefois ni le code civil ni la loi de 1855 n'exigent la transcription des testaments; les donations testamentaires deviennent donc opposables aux tiers indépendamment de la transcription. De là il résulte que le créancier, ayant privilège ou hypothèque sur un immeuble, ne peut plus utilement l'inscrire après la mort du débiteur, si celui-ci en a valablement disposé par testament, à titre particulier, et que le legs ne devienne pas caduc.

2. *Faillite du débiteur.*

1374. « *Elles* [les inscriptions] *ne produisent aucun effet, si elles sont* » *prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des* » *faillites sont déclarés nuls* » (art. 2146 al. 1 *in fine*). Ce délai était, à l'époque où le code civil a été rédigé, de dix jours avant la faillite publiquement connue (déclaration de 1702). Notre disposition signifiait donc que l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque était nulle, quand elle avait été prise depuis le jour où la faillite était devenue notoire et même dans les dix jours précédents. La rigueur de cette disposition, rigueur qui avait été encore aggravée par le code de commerce de 1807, a été notablement adoucie par la loi du 28 mai 1838, modificative du titre *De la faillite* et par la loi du 4 mars 1889, *portant modification à la législation des faillites.* Les propositions suivantes font connaître, sur le point qui nous occupe, l'économie de la législation actuelle.

1° La faillite du débiteur, et à plus forte raison la liquidation judiciaire, ordonnée conformément aux prescriptions de la loi du 4 mars 1889, ne porte aucune atteinte à l'efficacité des inscriptions, prises sur les biens du débiteur avant les dix jours qui précèdent l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements. C. co., art. 448.

2° Les inscriptions de privilèges et d'hypothèques valablement acquis, sont nulles par rapport à la masse, si elles ont été prises après le jugement déclaratif de la faillite ou même le jour de ce jugement. (C. co., art. 448). Il en est de même des inscriptions prises après le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire (loi du 4 mars 1889, art. 5 al. 2), sauf exception pour les inscriptions mentionnées en l'art. 490 C. co.

3° Quant aux inscriptions prises *medio tempore,* c'est-à-dire depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, et avant le jugement déclaratif de la faillite ou le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, elles *peuvent* être déclarées nulles, mais seulement s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription, sauf la prolongation dudit délai de quinzaine à raison de la distance (C. co., art. 448). Un aussi long retard dans la prise de l'inscription est toujours plus ou moins suspect; le plus souvent il est le résultat d'une complaisance coupable du créancier, qui, sur la sollicitation du débiteur, a consenti à retarder l'inscription pour ménager à celui-ci un crédit factice, aidant ainsi le débiteur, qui sera bientôt au-dessous de ses affaires, à tromper ceux qui traiteront avec lui, et se réservant de faire apparaître son inscription au moment où le danger se révèlera. Il faut aussi se défier des créanciers fictifs, qui auront consenti à retarder l'inscription de leurs hypothèques d'autant plus volontiers qu'ils n'ont rien à perdre. Les juges apprécieront : la loi leur donne la faculté d'annuler ou de maintenir l'inscription suivant les circonstances (argument des mots *peuvent être déclarées nulles*).

Tout ce que nous venons de dire est relatif à l'inscription d'hypothèques ou de privilèges valablement acquis. Nous n'avons pas à nous occuper de l'influence, que la faillite peut exercer sur l'acquisition même du privilège ou de l'hypothèque.

Les dispositions que nous venons d'analyser dérogent au principe, que l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque peut être prise utilement à une époque quelconque. Aussi convient-il de les interpréter restrictivement, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Il ne faudrait donc pas appliquer à la déconfiture ce que la loi dit de la faillite ou de la liquidation judiciaire. Par le même motif, la cession de biens, faite par un débiteur, n'arrêterait pas le cours des inscriptions des privilèges ou des hypothèques dont ses biens sont valablement grevés.

1374 *bis.* La loi du 4 mars 1889, que nous venons d'analyser en partie dans le numéro précédent, n'a pas modifié seulement l'art. 2146 du code civil. Elle a modifié également l'art. 2101-4°. L'art. 22 de cette loi porte : « *L'article 549 du code de commerce est modifié ainsi qu'il suit : — Art. 549. Le salaire acquis aux ouvriers directement employés par le débiteur, pendant les trois mois qui ont précédé l'ouverture de la liquidation judiciaire ou la faillite, est admis au nombre des créances*

privilégiées, au même rang que le privilège établi par l'article 2101 du code civil pour le salaire des gens de service. — Les salaires dus aux commis pour les six mois qui précèdent le jugement déclaratif sont admis au même rang ».

Cette observation n'est pas à sa place. Le lecteur voudra bien la reporter sous le numéro 1079 *in fine* de l'ouvrage. La feuille contenant ce numéro était déjà tirée à l'époque où la loi du 4 mars 1889 a fait son apparition.

3. *Mort du débiteur, suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession.*

1375. « *Il en est de même* [c'est-à-dire que les inscriptions ne pro-» duisent aucun effet] *entre les créanciers d'une succession, si l'inscrip-» tion n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas » où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire* » (art. 2146 al. 2). Un débiteur, dont les immeubles sont grevés de privilèges ou d'hypothèques, vient à mourir. Les créanciers, qui n'ont pas pris inscription avant son décès, peuvent encore remplir utilement cette formalité, si la succession du débiteur est acceptée purement et simplement; l'inscription sera prise alors sous le nom du défunt ou sous celui de ses héritiers, au choix du créancier (art. 2149). Mais, si la succession du débiteur n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire, la formalité de l'inscription ne peut plus être utilement remplie. Quel en est le motif? Le lien, qui paraît exister dans l'art. 2146 entre la disposition que nous venons de transcrire et la précédente relative à la faillite, permet de croire que le législateur a considéré l'acceptation sous bénéfice d'inventaire comme impliquant l'insolvabilité du défunt : ce qui l'a conduit à établir une sorte d'assimilation entre l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la déclaration de faillite. Le législateur a sans doute pensé que, lorsque l'insolvabilité d'un homme décédé est devenue ou va devenir notoire par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession, le sort de tous ses créanciers doit être définitivement fixé d'après l'état de choses existant lors de son décès, et qu'il ne faut pas tenir compte par suite des inscriptions prises après cet événement. Autrement le créancier, qui, plus rapproché du domicile du défunt ou mieux renseigné, aurait pris inscription le premier, serait préféré sans motif à d'autres créanciers ayant privilège ou hypothèque sur les mêmes biens, et qui, moins favorisés par les circonstances, ne se sont inscrits qu'un peu plus tard.

Toutefois, les motifs, que l'on peut donner pour justifier la disposition que nous analysons, sont loin d'être péremptoires. En définitive, le sort des créanciers, qui, surpris peut-être par la mort du débiteur, n'ont pu prendre inscription qu'après cet événement, va dépendre de l'héritier, ce qui est fort injuste. Accepte-t-il la succession purement et simplement? leurs inscriptions seront valables. Au contraire, s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, leurs inscriptions demeureront sans effet. D'autre part, comment expliquer que le bénéfice d'inventaire, introduit uniquement en faveur de l'héritier, puisse réagir sur la situation respective des créanciers de la succession

et les empêcher de conserver par une inscription des droits de privilège ou d'hypothèque valablement acquis avant le décès? Aussi la disposition qui nous occupe a-t-elle disparu de la loi belge du 16 décembre 1851, qui toutefois limite à trois mois à dater du décès la faculté de prendre utilement inscription, afin que la liquidation des successions ne soit pas indéfiniment entravée; et chez nous, dans les discussions législatives qui se sont produites de 1849 à 1851, on paraissait à peu près d'accord pour supprimer complètement l'alinéa 2 de l'art. 2146.

* M. Colmet de Santerre, qui paraît approuver la disposition législative que nous venons de critiquer, la justifie par un autre motif. « L'inscription, dit cet auteur, est comme la confirmation de l'hypothèque; or la confirmation ne peut avoir lieu quand la constitution serait impossible. L'héritier bénéficiaire ne pourrait pas, sans abdiquer sa qualité, constituer une hypothèque; or la loi ne peut pas le dépouiller de sa qualité, parce qu'un créancier prendrait une inscription; donc l'inscription ne peut pas avoir l'effet confirmatif qu'elle a par nature, puisqu'elle a pour but de faire naître d'une façon effective le droit de préférence » (t. IX, p. 250). En supposant que l'inscription puisse être considérée comme une confirmation de l'hypothèque, ce raisonnement aurait de la valeur, si l'inscription s'opérait par le fait de l'héritier, ou si tout au moins sa validité supposait nécessairement son concours, son consentement. On pourrait dire alors que l'héritier ne peut pas plus confirmer une hypothèque qu'en constituer une, sans perdre son bénéfice d'inventaire, et que par suite on doit le considérer comme refusant le consentement sans lequel l'hypothèque ne peut pas être confirmée, devenir efficace par l'inscription. Mais où voit-on dans la loi que le débiteur, ou son héritier qui le remplace et qui ne saurait avoir plus de droits que lui, ait un rôle à jouer dans l'accomplissement de la formalité de l'inscription, sinon un rôle absolument passif? L'inscription est l'œuvre du créancier seul; de sorte que, si elle est une confirmation de l'hypothèque, la confirmation est complètement étrangère à l'héritier, comme l'acte dont elle émane. Comment alors cette circonstance, que l'héritier ne peut pas confirmer l'hypothèque sans perdre son bénéfice d'inventaire, pourrait-elle être de quelque considération, puisqu'il ne confirme rien?

1376. Un créancier prend inscription après la mort de son débiteur et avant que l'héritier du défunt ait pris parti; plus tard l'héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire. On demande si l'inscription est valable. Il faut répondre qu'elle est nulle, parce que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme l'acceptation pure et simple, rétroagit au jour de l'ouverture de la succession (art. 777).

En sens inverse, les inscriptions prises après le décès du débiteur seraient valables, si le successible, ayant d'abord accepté bénéficiairement, devenait ensuite héritier pur et simple par suite d'une renonciation expresse ou tacite à son bénéfice d'inventaire; il serait en effet censé avoir toujours été héritier pur et simple (arg. art. 777).

1377. La succession du débiteur est échue à un héritier mineur ou interdit; elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Les inscriptions prises après le décès seront-elles nulles? La raison de douter est que la succession, échue à un mineur ou à un interdit, ne peut être acceptée autrement que sous bénéfice d'inventaire (art. 461); une semblable acceptation ne fait donc pas présumer ici, comme dans les cas ordinaires, le mauvais état des affaires du défunt. — Sans doute. Mais si la succession n'est pas nécessairement mauvaise, elle peut l'être, et c'est justement dans cette hypothèse que la question présentera de l'intérêt; car, s'il y a de quoi payer tous

les créanciers, il importe peu que les inscriptions prises après le décès soient valables ou nulles. Or, quand la succession sera mauvaise, comment pourrait-on expliquer que les inscriptions prises après le décès fussent déclarées valables par suite de cette circonstance que l'héritier est mineur ou interdit? Elles seront donc nulles. D'ailleurs la loi ne distingue pas.

1378. Le défunt a laissé plusieurs héritiers; les uns acceptent la succession purement et simplement, les autres, sous bénéfice d'inventaire. Les inscriptions prises après le décès seront-elles valables? On résout généralement la question par une distinction. L'inscription sera utile en tant qu'elle portera sur des immeubles mis par le partage dans le lot d'un héritier pur et simple, inefficace en tant qu'elle atteindra un immeuble attribué par le partage à un héritier bénéficiaire; le tout, sauf le cas de fraude. D'autres décident que les inscriptions dont il s'agit sont nulles dans tous les cas. Nous inclinerions à les déclarer toujours valables. La loi n'annule en effet les inscriptions prises après le décès que « dans le cas où la succession n'est » acceptée que par bénéfice d'inventaire » : ce qui suppose que tous les héritiers acceptent de cette manière. On doit d'autant plus facilement adopter cette solution que la disposition de l'art. 2146 al. 2, outre qu'elle est d'une rigueur extrême, contient une exception à une règle générale, et une exception dont le mérite est fort contestable; or *exceptio est strictissimæ interpretationis.*

Nous pensons d'ailleurs que toute inscription, valablement prise après le décès du débiteur, donne au créancier hypothécaire ou privilégié le droit de poursuivre pour le total, et non pas seulement dans la mesure de sa part héréditaire, celui des héritiers qui est détenteur de l'immeuble hypothéqué ou grevé du privilège. Argument des art. 873 et 2114. Ce point est encore contesté.

1379. La loi ne prévoit pas le cas où la succession du débiteur est répudiée par l'héritier, ni celui où elle devient vacante. On assimile en général ces deux situations à celle où la succession est acceptée par bénéfice d'inventaire, au point de vue du sort des inscriptions prises après le décès. En effet, dit-on, la renonciation, de même que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, plus qu'elle peut-être, fait présumer l'insolvabilité du défunt, et il en est de même de la vacance; il y a donc alors au moins les mêmes motifs qu'au cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire pour annuler les inscriptions prises après le décès. — Quand même il y aurait analogie, ce ne serait peut-être pas une raison suffisante pour étendre une disposition de nature exceptionnelle et en tout cas fort rigoureuse. D'ailleurs l'analogie est contestable. Elle existe peut-être bien au cas de vacance de la succession, au moins quand la vacance se produit par suite de la renonciation successive de tous les héritiers connus. Mais en est-il de même au cas de renonciation? Certainement non. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire, au moins quand elle n'est pas imposée par la loi, prouve toujours que l'héritier a certains doutes sur la solvabilité du défunt, tandis qu'il n'en est pas nécessairement ainsi de la renonciation : elle peut être faite pour avantager un cohéritier ou un héritier du degré subséquent, ou pour soustraire le renonçant à la nécessité d'un rapport. D'ailleurs l'art. 785 ne dit-il pas que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier? et l'art. 777, que l'héritier qui accepte est censé avoir toujours été héritier? Ne résulte-t-il pas de là que, finalement, il faut s'en tenir, au point de vue du sort des inscriptions prises après le décès du débiteur, à la décision de l'héritier qui accepte après la renonciation des autres? Ce qui conduit à valider les inscriptions, s'il accepte purement et simplement.

1380. Limitations du double principe établi par l'art. 2146. — Tel est l'art. 2146. Les deux événements qu'il indique, faillite et décès du débiteur suivi de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession, arrêtent en principe le cours des inscriptions de toutes hypothèques et de tous privilèges, valablement acquis avant l'un ou l'autre de ces deux événements.

1381. A. Nous disons d'abord que la règle s'applique à toutes les hypothèques, par conséquent aux hypothèques légales, aussi bien qu'aux hypothèques conventionnelles ou judiciaires. Ainsi l'hypothèque légale de l'Etat... (art. 2121 al. 3) ou celle du légataire (art. 1017) ne pourrait pas être inscrite utilement après la faillite du débiteur ou après sa mort suivie d'acceptation bénéficiaire. On n'a pas voulu, nous l'avons déjà dit, qu'après l'arrivée de l'un des deux événements prévus par l'art. 2146, un créancier pût, par le moyen d'une inscription, acquérir un rang qui ne lui appartenait pas avant l'inscription, et se créer ainsi une situation préférable à celle des autres créanciers. V. cependant loi du 4 mars 1889, art. 5 al. 2.

Tel étant le motif de la disposition légale, il s'ensuit qu'elle ne serait pas applicable aux inscriptions qui ne font pas acquérir de rang au créancier, c'est-à-dire aux inscriptions des hypothèques qui avaient déjà un rang, qui étaient déjà classées au moment où l'inscription est prise et indépendamment de cette inscription. L'inscription ne peut dans ce cas avoir pour but que de conserver le rang précédemment acquis par le créancier ; il n'y a plus de motif pour l'annuler.

De là il résulte :

1° Que l'inscription, non encore périmée, d'un privilège ou d'une hypothèque peut être utilement renouvelée malgré la faillite du débiteur ou sa mort suivie d'acceptation bénéficiaire. Le renouvellement ne fait que conserver à l'hypothèque le rang qu'elle avait précédemment ; il rajeunit l'inscription, et la soustrait à l'effet délétère de la péremption (art. 2154). — Mais, la péremption une fois accomplie, le créancier a perdu le rang que lui assurait l'inscription périmée, et il ne pourra plus désormais prendre une nouvelle inscription, lui donnant rang à compter de sa date, s'il est survenu un des événements prévus par l'art. 2146.

2° Que l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit et celle de la femme mariée peuvent être utilement inscrites malgré la survenance de l'un des deux événements prévus par l'art. 2146, principalement à l'effet d'éviter la déchéance résultant de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855. Ainsi l'hypothèque légale du mineur, inscrite dans l'année qui suit sa majorité, conservera le rang de faveur que lui accorde l'art. 2135, alors même que l'inscription aurait été prise après la faillite du tuteur ou après sa mort suivie d'acceptation bénéficiaire. En effet cette inscription a pour but unique de conserver le rang précédemment acquis à l'hypothèque indépendamment de toute inscription, non de lui faire acquérir un rang qu'elle n'avait pas. Mais, aussitôt que le délai d'une année fixé par l'art. 8 de la loi de 1855 est expiré, l'hypothèque légale rentre dans le droit commun ; désormais elle ne prend plus rang que par son inscription, et en conséquence elle ne peut plus être utilement inscrite s'il est survenu un des événements qui arrêtent le cours des inscriptions. Cass., 2 juillet 1877, Sir., 77. 1. 415, et Bordeaux, 4 avril 1876, Sir., 77. 2. 257.

1382. B. Nous avons dit que l'art. 2146 s'applique aux privilèges sur les immeubles comme aux hypothèques ; nous parlons seulement bien entendu des privilèges soumis à la formalité de l'inscription. La survenance de l'un des deux événements prévus par cet article aura pour résultat d'en rendre l'inscription inefficace.

Cette règle souffre-t-elle des exceptions ? L'accord est loin d'être fait sur ce point.

On ne s'entend qu'au sujet du privilège des constructeurs (architectes, entrepreneurs et ouvriers). Il est admis en doctrine et en jurisprudence que l'inscription du premier procès-verbal dont parle l'art. 2110, inscription qui sert à déterminer le rang du privilège, ne peut plus être prise avec efficacité après la survenance de l'un des deux événements prévus par l'art. 2146. Quant au deuxième procès-verbal, comme son inscription ne sert qu'à conserver le privilège et non à lui assigner son rang, que d'ailleurs la loi n'a fixé aucun délai pour son inscription, il semble qu'il puisse être utilement inscrit même après les événements dont il vient d'être parlé.

Toutes les autres applications de la règle sont plus ou moins contestées.

Nous allons les examiner sommairement.

1383. I. *Privilège de séparation des patrimoines.* Nous ne doutons pas que ce privilège (si c'en est un) puisse être inscrit utilement par les créanciers du défunt et les légataires dans les six mois à dater de l'ouverture de la succession, malgré l'acceptation sous bénéfice d'inventaire dont elle a été l'objet. Outre que l'inscription prise dans ce délai rétroagit au jour de l'ouverture de la succession, et se trouve être ainsi, en droit, sinon antérieure, tout au moins concomitante à l'événement qui arrête le cours des inscriptions, nous voyons que l'art. 2146 ne déclare inefficaces les inscriptions prises après l'ouverture de la succession que dans les rapports des créanciers de la succession les uns avec les autres (argument des mots : *Il en est de même* ENTRE LES CRÉANCIERS D'UNE SUCCESSION...). Or le privilège de séparation des patrimoines s'exerce, non pas entre créanciers d'une même succession, mais bien au profit des créanciers de la succession contre ceux de l'héritier; donc on est en dehors des termes de l'exception prévue par l'art. 2146; on rentre par conséquent dans la règle, d'après laquelle l'inscription peut être prise à une époque quelconque, pourvu que le privilège ne soit pas éteint par les voies légales. D'ailleurs, l'art. 2146 paraît n'avoir été écrit qu'en vue des privilèges ou hypothèques déjà nés avant la faillite ou la mort du débiteur; or le privilège de séparation des patrimoines ne naît qu'au moment de la mort du débiteur; et, si l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession du débiteur en rendait l'inscription impossible, il se présenterait ceci de particulier, qu'il n'y aurait pas eu un seul instant pendant lequel le privilège aurait pu être efficacement inscrit, car bien évidemment il ne peut pas l'être avant la mort du débiteur.

1384. II. *Privilège du copartageant.* — L'art. 2109 accorde un délai de soixante jours à compter du partage ou de l'adjudication sur licitation, pour inscrire ce privilège avec effet rétroactif au jour du partage. De là nous concluons que l'inscription, prise dans ce délai, assurera l'entière conservation du privilège, quoiqu'elle ait été faite après la survenance de l'un des événements prévus par l'art. 2146; car, en vertu de la rétroactivité dont nous venons de parler, l'inscription se trouve être, sinon en fait, du moins en droit, antérieure à l'événement qui arrête le cours des inscriptions. Quant aux inscriptions prises après les soixante jours, elle ne rétroagissent plus, et par conséquent elles tombent sous le coup de l'art. 2146.

1385. III. Reste le *privilège du vendeur.* — L'acheteur d'un immeuble tombe en faillite, ou bien il meurt, et sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, avant que la formalité prescrite pour la conservation du privilège du vendeur ait été remplie, c'est-à-dire avant que la transcription de la vente ait été faite (art. 2108). Le vendeur peut-il encore utilement remplir cette formalité, ou bien son privilège est-il irrévocablement perdu? Grave est la controverse sur ce point.

La dernière jurisprudence de la cour de cassation décide que le vendeur est déchu de son privilège, alors même qu'il n'y aurait aucune faute à lui reprocher, la mort de l'acheteur ou sa faillite étant survenue avant que le vendeur ait eu le temps moralement nécessaire pour accomplir la formalité de la transcription. Les art. 2146 C. civ. et 448 C. co., dit la cour de cassation, sont conçus dans les termes les plus généraux; ils ne comportent par suite aucune exception au profit du vendeur.

Mais, à défaut du privilège, la cour de cassation autorise le vendeur non payé à exercer l'action résolutoire que lui accordent les art. 1184 et 1654; car les art. 2146 C. civ. et 448 C. co. ne parlent pas de l'action résolutoire, et la laissent par suite intacte. — A l'objection tirée de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, qui lie le sort de l'action résolutoire à celui du privilège, la cour répond qu'aux termes dudit art. 7 l'action résolutoire ne peut être exercée « après l'EXTINCTION du privilège du » vendeur » : expressions qui supposent que le privilège est complètement anéanti; or la faillite de l'acheteur, survenue avant la transcription du titre, n'anéantit pas

le privilège du vendeur; elle le rend seulement sans efficacité à l'égard de la masse (arg. art. 446 et 448 C. co.). Il est certain que le privilège subsiste à l'égard de l'acheteur failli et aussi des tiers détenteurs de l'immeuble; donc le privilège n'est pas éteint, et l'art. 7 ne fait pas par suite obstacle à l'exercice de l'action résolutoire. A quoi l'on a ajouté (et ce motif est plus général, car il s'applique même au cas où l'événement qui a fait perdre au vendeur son privilège est la mort de l'acheteur suivie d'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession) que, d'après l'art. 7, l'extinction du privilège du vendeur n'entraîne la perte de l'action résolutoire qu'à l'égard « des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, » et qui se sont conformés aux lois pour les conserver », c'est-à-dire à l'égard d'un sous-acquéreur qui aurait transcrit ou d'un créancier hypothécaire qui aurait inscrit son hypothèque..., mais non à l'égard de la masse des créanciers de l'acheteur décédé ou failli.

Nous considérons en effet comme incontestable, bien qu'on l'ait gravement contesté, que le vendeur peut exercer l'action résolutoire dans les circonstances dont il s'agit. Mais alors pourquoi ne pas faire un pas de plus, et ne pas lui reconnaître aussi le droit au privilège? Outre que cela serait conforme à la tendance du législateur, accusée par l'art. 7 précité, d'établir une étroite solidarité entre le privilège et l'action résolutoire, en quoi cela serait-il préjudiciable aux créanciers de l'acheteur? Car enfin que leur importe que le vendeur exerce l'action en résolution, qui leur enlèvera l'immeuble, ou le privilège, qui leur en enlèvera le prix? Tel est en effet l'avis de plusieurs auteurs. A l'objection tirée de la généralité des termes des art. 2146 C. civ. et 448 C. co., ils répondent que ces articles ne parlent que d'*inscriptions :* ce qui permet de ne pas les appliquer au privilège du vendeur, qui se conserve par la *transcription* (art. 2108), interprétation qui d'ailleurs est conforme à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis,* les art. 2146 C. civ. et 448 C. co. dérogeant au droit commun. Toutefois, la réponse n'est pas péremptoire, parce que l'art. 2108 dit que la transcription *vaut inscription;* or, avec l'interprétation qui vient d'être donnée, elle vaudrait plus qu'une inscription, puisqu'elle échapperait aux déchéances des art. 2146 C. civ. et 448 C. co.

§ II. *Comment s'opère l'inscription et quelles sont les énonciations qu'elle doit contenir.*

1386. Le droit commun en cette matière est contenu dans les art. 2148 à 2150. L'art. 2153 contient un droit d'exception pour les hypothèques légales de l'art. 2121.

N° 1. Le droit commun.

1387. L'inscription s'opère par le ministère du conservateur des hypothèques dans la circonscription duquel se trouve situé l'immeuble grevé du privilège ou de l'hypothèque. Celui qui requiert l'inscription doit lui représenter les deux pièces suivantes :

1° Le titre ou une expédition authentique du titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque. « *Pour opérer l'inscription* », dit l'art. 2148 al. 1, « *le créancier représente, soit par lui-même, soit par* » *un tiers, au conservateur des hypothèques, l'original en brevet ou une* » *expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance* » *au privilège ou à l'hypothèque* ». Ainsi, pour faire inscrire une hypo-

thèque conventionnelle, le créancier devra présenter au conservateur des hypothèques l'original en brevet ou une expédition authentique de l'acte constitutif de l'hypothèque ; s'il s'agit d'une hypothèque judiciaire, il faudra une expédition authentique du jugement qui donne naissance à l'hypothèque.

Notre texte suppose, parce qu'il statue *de eo quod plerumque fit,* que le titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque est authentique. Quelquefois il est sous seing privé; ainsi le privilège du copartageant peut avoir sa source dans un partage fait en la forme sous seing privé; l'hypothèque légale du légataire peut résulter d'un testament olographe, qui est un acte sous seing privé. L'inscrivant présentera au conservateur des hypothèques un des originaux de l'acte de partage dans le premier cas, le testament olographe dans le second. Il pourrait même arriver que l'inscrivant n'eût aucun titre à présenter, parce qu'il n'en existe pas ; tel serait le cas où les créanciers d'une succession voudraient faire inscrire le privilège de séparation des patrimoines. Cpr. Cass., 2 février 1885, Sir., 86. 1. 57.

Le conservateur des hypothèques doit refuser d'opérer l'inscription, si l'inscrivant ne présente pas le titre ou une expédition authentique du titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque; ce fonctionnaire est tenu de s'assurer de l'existence des privilèges ou des hypothèques qu'on lui demande d'inscrire. Mais on admet généralement que l'inscription ne serait pas nulle, si le conservateur l'avait opérée sans exiger la représentation du titre.

2° Deux bordereaux sur timbre. « *Il* [l'inscrivant] *y joint deux bor-* » *dereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expé-* » *dition du titre* » (art. 2148 al. 2). Nous verrons tout à l'heure ce que ces bordereaux contiennent. Bornons-nous à dire pour le moment que les deux bordereaux se ressemblent ; pour mieux dire, ils sont identiques : c'est une seule et même pièce en double exemplaire.

Il n'y a pas d'autres pièces à fournir au conservateur. Comment va-t-il opérer l'inscription ? L'art. 2150 répond : « *Le conservateur fait* » *mention, sur son registre, du contenu aux bordereaux, et remet au* » *requérant, tant le titre ou l'expédition du titre, que l'un des borde-* » *reaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription* ». Ainsi le conservateur reproduit, sur le registre des inscriptions, les énonciations contenues dans le bordereau ; ordinairement même il se borne à transcrire, c'est-à-dire à copier purement et simplement les bordereaux sur ledit registre, et l'inscription est opérée. La responsabilité du conservateur est à couvert, du moment qu'il a reproduit fidèlement sur son registre le contenu des bordereaux ; et, pour qu'il soit en mesure d'en fournir la preuve, le cas échéant, la loi l'autorise à garder par devers lui l'un des bordereaux. Quant à l'autre, il doit le remettre à l'inscrivant, sur sa réclamation, après avoir certifié au pied dudit bordereau que l'inscription a été opérée. Ce certificat servira d'arme à l'inscrivant pour exercer une action récursoire contre le conservateur des hypothèques, qui aurait négligé d'opérer l'inscription et qui soutiendrait n'avoir jamais été requis de la faire. — Le conservateur doit

remettre en outre à l'inscrivant le titre ou l'expédition du titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque.

1388. Enonciations que doivent contenir les bordereaux. — L'art. 2148 les indique dans cinq numéros distincts que nous allons successivement étudier.

Les bordereaux contiennent :

« 1° *Les nom, prénom, domicile du créancier, sa profession s'il en a* » *une, et l'élection d'un domicile pour lui dans un lieu quelconque de* » *l'arrondissement du bureau* ».

Si l'hypothèque ou le privilège appartient à une société qui constitue une personne morale, il suffira d'indiquer la raison sociale, sans qu'il soit nécessaire d'énoncer en outre les noms de tous les associés.

Remarquons que la loi exige l'indication du domicile *réel* du créancier, et en outre d'un domicile *élu* par lui dans l'arrondissement du bureau. Les tiers en effet peuvent avoir intérêt à connaître l'un et l'autre domicile : — *le domicile réel,* par exemple si un créancier hypothécaire veut user de la faculté, que lui confère l'art. 1251-1°, de payer les créanciers qui le précèdent dans l'ordre des inscriptions, pour être subrogé dans leurs droits ; car c'est au domicile réel de ces divers créanciers que doivent être faites, s'il y a lieu, les offres réelles à fin de paiement ; — *le domicile élu,* par exemple lorsqu'il s'agit de faire les différentes notifications prescrites par l'art. 2183 al. 1, pour opérer la purge, ou la sommation requise par l'art. 692-1° C. pr. pour parvenir à l'expropriation de l'immeuble.

L'élection de domicile est nécessaire, alors même que le créancier aurait son domicile réel dans l'arrondissement du bureau, *lex non distinguit ;* sauf au créancier à faire en ce cas élection de domicile dans le lieu même où il a son domicile réel. Mais il paraît difficile d'admettre, avec un arrêt de rejet de la cour de cassation rendu toutes chambres réunies le 14 janvier 1863 (Sir., 63. 1. 73), que le créancier, en l'absence de toute indication sur ce point dans les bordereaux, doive être présumé de plein droit avoir fait élection de domicile au lieu de son domicile réel. Il n'y a pas de présomption légale sans une loi qui l'établisse.

Aux termes de l'art. 2152 : « *Il est loisible à celui qui a requis une inscription,* » *ainsi qu'à ses représentants, ou cessionnaires par acte authentique de changer sur* » *le registre des hypothèques le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir et indi-* » *quer un autre dans le même arrondissement* ». Le changement du domicile élu doit être indiqué par une annotation mise en marge de l'inscription. Le cessionnaire de la créance garantie par le privilège ou par l'hypothèque ne peut changer le domicile élu qu'autant que la cession est constatée par un acte authentique ; la loi se défie des actes sous seing privé, qui peuvent être l'œuvre de la fraude.

« 2° *Les nom, prénom, domicile du débiteur, sa profession s'il en a une* » *connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle, que le con-* » *servateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas l'individu* » *grevé d'hypothèque* » (art. 2148-2°). Cpr. Toulouse, 24 août 1883, Sir., 84. 2. 4.

Ordinairement ce sont les biens du débiteur qui sont grevés de l'hypothèque, et on s'explique ainsi que la loi, statuant *de eo quod plerumque fit,* ait pu parler indifféremment du *débiteur* ou de *l'individu grevé d'hypothèque.* Mais, si l'hypothèque a été constituée par un autre que le débiteur, alors l'individu grevé d'hypothèque ne se confond plus avec le débiteur, et il est clair qu'il ne suffirait pas que le bordereau

d'inscription indiquât le nom du débiteur ; il devra indiquer en outre le nom du propriétaire de l'immeuble. C'est en effet sur le compte de ce dernier que l'hypothèque figure, et non sur celui du débiteur.

La loi paraît moins exigeante pour la désignation du débiteur que pour celle du créancier. On se l'explique aisément : le créancier, qui requiert ou qui fait requérir l'inscription, ne peut pas être embarrassé pour fournir toutes les énonciations qui servent à individualiser sa personne, tandis qu'il peut ignorer en partie celles qui concernent la personne du débiteur. Voilà pourquoi il suffit que ce dernier soit désigné dans des termes tels que le conservateur ne puisse pas se méprendre sur sa personne. C'est le conservateur qui a besoin d'être éclairé sur ce point; car c'est lui qui délivre les états constatant la situation hypothécaire des propriétaires d'immeubles, et il faut bien qu'il sache au compte de quel propriétaire il doit mettre chaque inscription. Quant à la désignation du créancier, elle intéresse moins le conservateur que les tiers qui se font délivrer des états d'inscriptions et qui peuvent avoir des notifications à adresser aux créanciers inscrits.

Aux termes de l'art. 2149 : « *Les inscriptions à faire sur les biens d'une personne* » *décédée, pourront être faites sous la simple désignation du défunt, ainsi qu'il est* » *dit au n° 2 de l'article précédent* ». C'est là une simple faculté que la loi accorde au créancier, soit parce qu'il peut ignorer le décès du débiteur, soit parce qu'il peut ne pas connaître tous ses héritiers, ou ignorer, s'il les connaît tous, quels sont ceux qui accepteront sa succession. Le créancier peut, s'il le préfère, inscrire son hypothèque sous le nom des héritiers du défunt.

« 3° *La date et la nature du titre* » (art. 2148-3°).

= *La date du titre,* afin qu'on puisse savoir si le débiteur était capable à l'époque où il a constitué l'hypothèque ou accompli l'acte qui a donné naissance au privilège.

= *La nature du titre.* On dira si c'est un contrat d'hypothèque, ou un jugement ou un partage...

« 4° *Le montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou* » *évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les* » *droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette* » *évaluation est ordonnée; comme aussi le montant des accessoires de ces* » *capitaux, et l'époque de l'exigibilité* » (art. 2148-4°).

C'est la spécialité quant à la créance hypothécaire, que la loi exige dans l'inscription après l'avoir exigée déjà dans le titre constitutif de l'hypothèque (art. 2132).

Trois hypothèses doivent être distinguées.

a. — *La créance garantie par le privilège ou par l'hypothèque est certaine et liquide.* Il faudra en indiquer le montant dans les bordereaux d'inscription.

b. — *La créance est conditionnelle.* Les bordereaux devront contenir l'indication du montant de la créance; on ajoutera qu'elle est conditionnelle, et on dira quelle est la condition à la réalisation de laquelle la créance est subordonnée (cpr. *supra,* n. n. 1310 et 1311).

c. — *La créance est indéterminée.* Le créancier devra, dans les bordereaux d'inscription, évaluer la créance, sauf le droit pour le débiteur de faire réduire cette évaluation si elle est exagérée (cpr. *supra,* n. n. 1310 et 1311).

Dans tous les cas, le créancier doit indiquer dans les bordereaux le montant des accessoires de la créance, principalement les intérêts échus à l'époque où l'inscription est prise et les frais. Cpr. Cass., 14 août 1883, Sir., 84. 1. 24. Ces accessoires sont

garantis de plein droit par l'hypothèque ou le privilège attaché à la créance, et les tiers ont intérêt à en connaître le montant. Pour le même motif, si la créance est productive d'intérêts dans l'avenir, il faut le dire, et en même temps indiquer le taux de l'intérêt. Enfin l'époque de l'exigibilité de la créance doit être mentionnée; l'importance d'une créance s'apprécie, *non solum ex quantitate, sed ex die solutionis.*

« 5° *L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il » entend conserver son privilège ou son hypothèque* » (art. 2148-5°).

Cette mention constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, qui est requise dans l'inscription comme dans le titre constitutif de l'hypothèque (art. 2129). Cpr. *supra,* n. 1293.

L'art. 2148 ajoute : « *Cette dernière disposition n'est pas nécessaire » dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires : à défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les » immeubles compris dans l'arrondissement du bureau* ».

1389. Diverses irrégularités des inscriptions. Leurs conséquences. — Nous connaissons les énonciations que doivent régulièrement contenir les bordereaux et par suite l'inscription qui n'en est que la reproduction; sont-elles exigées à peine de nullité de l'inscription? La loi ne le dit pas; de là des doutes. Nous disons que la loi ne s'explique pas sur la question de nullité. L'art. 2134 dit, il est vrai, que l'inscription ne donne de rang à l'hypothèque, ou, ce qui est équivalent, que l'inscription n'est *valable* que lorsqu'elle est faite *dans la forme et de la manière prescrites* par la loi. Mais, si l'on doit considérer sans difficulté la présentation de bordereaux au conservateur et la mention du contenu en ces bordereaux sur le registre des inscriptions comme une *forme,* dont l'absence par suite entraînerait certainement la nullité de l'inscription, il paraît difficile d'attribuer le même caractère aux diverses énonciations que doivent contenir les bordereaux. La loi garde donc le silence sur le point de savoir quelle est la sanction des exigences de l'art. 2148 au point de vue des énonciations qu'il requiert. Faut-il conclure de là qu'aucune de ces énonciations n'est requise à peine de nullité? Ce n'est guère proposable. Qui voudrait soutenir par exemple que l'inscription, qui n'indique ni le nom de l'individu grevé d'hypothèque ni le montant de la créance garantie, peut être déclarée valable? Alors faut-il dire que toutes les énonciations, dont l'énumération figure dans l'art. 2148, sont requises à peine de nullité de l'inscription? Ce serait une exagération en sens inverse. Comprendrait-on par exemple qu'une inscription fût nulle pour la simple omission de l'un des prénoms du créancier? La vérité est entre les deux extrêmes. On admet depuis longtemps soit en doctrine, soit en jurisprudence, qu'il y a lieu de distinguer entre les énonciations *substantielles* et celles dites *réglementaires* ou accessoires. Les premières sont les seules dont l'absence entraînera la nullité de l'inscription. C'est un cas de nullité virtuelle, l'énonciation omise étant, on le suppose, indispensable à la réalisation du but que la loi veut obtenir.

La difficulté est de savoir quelles énonciations sont substantielles. Ici l'accord cesse : on ne s'entend ni sur la définition des énonciations substantielles, ni, la définition une fois acceptée, sur l'étendue de son application. Nous nous bornerons à reproduire sur l'un et l'autre point la théorie de MM. Aubry et Rau. Ces auteurs définissent les énonciations substantielles : celles qui sont nécessaires « à la complète réalisation du double principe de la spécialité et de la publicité des hypothèques », ce qui comprend : 1° la désignation précise du débiteur; 2° la mention de la date et de la nature du titre (Agen, 16 février 1887, Sir., 87. 2. 239, et Cass., 9 janvier 1888, Sir., 88. 1. 101); 3° l'indication du montant de la créance; 4° l'indication de

l'époque de l'exigibilité (arg. art. 3 et 4 de la loi du 4 septembre 1807); 5° la désignation de la nature et de la situation de l'immeuble hypothéqué. Au contraire, il aut considérer comme accessoires et réglementaires : 1° la désignation du créancier; 2° l'indication d'un domicile élu par lui dans l'arrondissement du bureau. Sur ce dernier point toutefois, la jurisprudence de la cour de cassation paraît être en sens contraire, même depuis l'arrêt solennel du 14 janvier 1863 dont il a été parlé au n. 1388. V. aussi Douai, 4 juillet 1884, Sir., 85. 2. 155.

Quant aux erreurs et aux inexactitudes qui se rencontreraient dans les énonciations des bordereaux, elles n'entraîneraient la nullité de l'inscription qu'autant qu'elles seraient assez graves pour équivaloir à l'absence d'une énonciation substantielle. Ainsi l'erreur en moins dans l'indication du chiffre de la créance n'entraîne pas la nullité de l'inscription; seulement le créancier ne pourra se faire colloquer hypothécairement que pour la somme indiquée dans l'inscription. Si l'erreur est en plus, elle ne nuira pas au créancier; mais le débiteur aura le droit de faire rectifier l'inexactitude commise par le créancier, aux frais de celui-ci.

N° 2. L'exception.

1390. Les règles, que nous venons d'exposer et qui constituent le droit commun en matière d'inscriptions, reçoivent exception relativement aux hypothèques légales de l'art. 2121. Toutefois, l'exception ne s'applique qu'à celles de ces hypothèques qui sont *purement légales* (art. 2153). Celles qui auraient été restreintes à certains immeubles spécialement désignés (*supra*, n. n. 1357 et s.) devraient être inscrites conformément au règles du droit commun.

L'inscription des hypothèques purement légales de l'art. 2121 a été soustraite, par la force même des choses, à une grande partie des exigences de l'art. 2148, qui contient le droit commun de la matière. Ainsi, tout d'abord, les hypothèques dont il s'agit ayant leur source dans la loi, il ne sera pas nécessaire (ce serait d'ailleurs impossible) de présenter au conservateur le titre qui a donné naissance à l'hypothèque, ni par suite d'indiquer dans les bordereaux d'inscription la date et la nature de ce titre.

Ce n'est pas la seule particularité que présentent ici les bordereaux d'inscription. La loi n'exige pas qu'ils contiennent :

1° *L'évaluation de ceux des droits garantis par l'hypothèque légale, dont le montant n'est pas connu et déterminé à l'avance;*

2° *L'époque de l'exigibilité.* Comment savoir en effet quand finira la tutelle, quand se dissoudra le mariage...?

3° *L'indication de chacun des immeubles sur lesquels porte l'hypothèque* (art. 2148-5°). A quoi cette indication servirait-elle, puisque les tiers savent ou doivent savoir que l'hypothèque est générale, et qu'elle affecte par suite tous les immeubles du débiteur?

Que doivent donc contenir les bordereaux d'inscription? L'art. 2153 va nous l'apprendre. « *Les droits d'hypothèque purement légale de* » *l'Etat, des communes et des établissements publics sur les biens des* » *comptables, ceux des mineurs ou interdits sur les tuteurs, des femmes*

» *mariées sur leurs époux, seront inscrits sur la représentation de deux* » *bordereaux, contenant seulement,* — 1° *Les nom, prénom, profession* » *et domicile réel du créancier, et le domicile qui sera par lui, ou pour* » *lui, élu dans l'arrondissement;* — 2° *Les nom, prénom, profession,* » *domicile, ou désignation précise du débiteur;* — 3° *La nature des droits* » *à conserver, et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés,* » *sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels* » *ou indéterminés* ».

§ III. *Des frais de l'inscription.*

1391. « *Les frais des inscriptions sont à la charge du débiteur, s'il* » *n'y a stipulation contraire; l'avance en est faite par l'inscrivant, si* » *ce n'est quant aux hypothèques légales, pour l'inscription desquelles le* » *conservateur a son recours contre le débiteur. Les frais de la trans-* » *cription, qui peut être requise par le vendeur, sont à la charge de* » *l'acquéreur* » (art. 2155).

La loi met les frais des inscriptions à la charge du débiteur, parce que ces frais sont faits dans son intérêt, en ce sens que les inscriptions procurent au créancier la sûreté sans laquelle il n'aurait pas consenti à traiter avec le débiteur, et sont ainsi la source du crédit qui lui est accordé.

Mais l'avance des frais doit être faite par l'inscrivant, sauf son recours contre le débiteur. La raison en est simple : c'est l'inscrivant qui requiert le ministère du conservateur, et il est juste qu'il paye les frais auxquels cette réquisition donne lieu. Cette règle souffre cependant exception relativement aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Lorsque l'inscription en est requise par un autre que le mari ou le tuteur, le conservateur ne peut pas exiger que l'inscrivant fasse l'avance des frais; la loi a craint que l'obligation de faire cette avance n'arrêtât les personnes, qu'elle invite, sans les y obliger, à faire inscrire les hypothèques légales dont il s'agit. Le conservateur sera donc tenu dans cette hypothèse de demander le paiement des frais à celui qui doit les supporter en définitive.

1392. La règle, que les frais des inscriptions sont à la charge du débiteur, n'est pas sans exceptions. La loi en indique une par ces mots : *s'il n'y a stipulation contraire,* et elle en laisse deviner une autre relativement à l'hypothèque légale qui grève les biens du tuteur au profit du mineur. En effet l'art. 471 permet au tuteur de porter en compte toutes les dépenses qu'il a faites dans l'intérêt du mineur et dont l'objet a été utile; on ne doit pas hésiter à comprendre parmi ces dépenses les frais d'inscription de l'hypothèque légale. Il n'est pas admissible que ces frais, faits dans l'intérêt exclusif du mineur, puissent être laissés au compte du tuteur, sous prétexte qu'il est le débiteur. C'est assez que la charge de la tutelle soit imposée gratuitement au tuteur, sans qu'elle puisse être pour lui la source d'un préjudice pécuniaire.

Faut-il admettre une solution analogue en ce qui concerne l'hypothèque légale dont sont grevés les maris et les comptables? Nous ne le pensons pas. Outre que nous n'avons pas ici de texte, analogue à l'art. 471, à opposer à la généralité de l'art. 2155, le mari et le comptable sont, au point de vue de l'hypothèque légale, dans une situation bien différente de celle du tuteur. Le mariage et les fonctions de comptable ne sont jamais imposés par la loi, et il n'est pas injuste que ceux qui y aspirent, et qui ne sont peut-être agréés qu'en considération des garanties que présente leur fortune immobilière, avec l'hypothèque légale dont elle est grevée, suppor-

tent les frais des inscriptions de cette hypothèque, de même qu'un emprunteur supporte les frais de l'inscription de l'hypothèque qu'il a été obligé de consentir pour sûreté du prêt.

§ IV. *Des intérêts conservés par l'inscription.*

1393. Les intérêts étant un accessoire de la créance qui les produit, l'hypothèque, établie pour sûreté de la créance, doit naturellement s'étendre aux intérêts. Il est rationnel d'admettre que la sûreté, accordée pour le principal, l'a été aussi pour l'accessoire; car le sort de l'accessoire est ordinairement lié à celui du principal.

Maintenant l'inscription, qui assure au créancier un certain rang pour sa créance, lui assurera-t-elle le même rang pour les intérêts? En d'autres termes, le créancier, qui, ayant hypothèque pour une créance productive d'intérêts, a fait inscrire cette hypothèque, pourra-t-il se faire colloquer à son rang d'inscription, non seulement pour le capital, mais encore pour tous les intérêts qui lui seront dus au moment où l'on procèdera à la distribution des deniers provenant de la vente de l'immeuble hypothéqué? Il faut distinguer à cet égard, suivant qu'il s'agit des intérêts échus au moment de l'inscription, de ceux qui viennent à échéance depuis l'inscription jusqu'à la demande en collocation, ou enfin de ceux échus après la demande en collocation.

I. *Intérêts ou arrérages échus au moment où l'inscription est prise.*

1394. Ils sont intégralement conservés par l'inscription, à quelque somme d'ailleurs qu'ils s'élèvent, et sous la seule condition que l'inscription en indique le montant, conformément aux prescriptions de l'art. 2148-4° (argument des mots *comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux*).

II. *Intérêts ou arrérages échus dans l'intervalle écoulé entre la prise de l'inscription et la demande en collocation.*

1395. L'art. 2151 dit à ce sujet : « *Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérages a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription* ».

Notre ancien droit autorisait le créancier, ayant hypothèque pour un capital productif d'intérêts à se faire colloquer à son rang d'hypothèque, non seulement pour le principal de sa créance, mais en outre pour tous les intérêts qui lui étaient dus. Ce système, qui se concevait dans une législation où les hypothèques étaient occultes, était incompatible avec le principe de la publicité, qui forme l'une des bases du

régime hypothécaire adopté par le code civil. Il faut que les tiers, qui traiteront avec le débiteur, puissent mesurer avec précision l'étendue de son crédit hypothécaire; or comment cela leur sera-t-il possible, si, l'inscription leur annonçant une créance de 20,000 fr. par exemple, ils courent le risque, au moment de la distribution des deniers, de voir le créancier colloqué pour une somme qui s'élèvera peut-être au double par suite de l'accumulation des intérêts arriérés ? C'est pourquoi notre législateur a limité, en ce qui concerne les intérêts à échoir, les effets de l'inscription à deux années, plus l'année courante : ce qui fait au *maximum* trois années, soit 15 °/₀ en sus du montant de la créance, en supposant les intérêts réglés au taux de 5 °/₀. Les tiers, qui consulteront le registre des inscriptions, pour se renseigner sur la situation hypothécaire du débiteur, connaîtront donc à peu de chose près la majoration que pourront acquérir les créances inscrites, à raison des intérêts arriérés.

En résumé, sous la seule condition d'indiquer que la créance garantie par l'hypothèque est productive d'intérêts et à quel taux, l'inscription conserve, outre le capital et au même rang, deux années d'intérêts à échoir, plus l'année courante.

1396. Cela posé, il faut préciser exactement le sens de ces expressions de la loi : *pour deux années seulement, et pour l'année courante.*

L'année courante, d'après l'opinion la plus suivie, est celle qui court au moment de la demande en collocation et qui a pour point de départ le dernier anniversaire de l'inscription. Outre l'année courante, le créancier peut réclamer, au même rang d'hypothèque que le capital, *deux années* complètes d'intérêts parmi celles qui lui restent dues. Ainsi une inscription a été prise le 1er juin 1885 pour sûreté d'une créance de 20,000 fr. avec intérêts à 5 °/₀; la demande en collocation est formée par le créancier le 30 novembre 1889; nous supposons qu'il n'a touché aucuns intérêts depuis l'inscription. On le colloquera au rang que lui assigne son inscription : 1° pour le capital, soit pour 20,000 fr.; 2° pour les intérêts de l'année courante, qui comprend ici les six mois écoulés depuis le 1er juin 1889, dernier anniversaire de l'inscription, jusqu'au 30 novembre, jour de la demande en collocation, soit 500 fr.; 2° pour deux années d'intérêts, soit 2,000 fr., sur les quatre qui lui restent dues. Total : 22,500 fr. Le résultat sera le même, si nous supposons, en modifiant un peu l'espèce précédente, que le créancier ait été payé des deux premières années d'intérêts échues après l'inscription; il sera colloqué au rang d'hypothèque que lui assigne son inscription, pour les deux autres. La loi ne dit pas en effet que le créancier a le droit d'être colloqué, au rang d'hypothèque du capital, *pour les deux années d'intérêts qui suivent l'inscription,* mais bien

pour deux années, sans dire lesquelles. Le créancier est donc absolument dans les termes de l'art. 2151, du moment qu'il ne réclame, outre l'année courante, que deux années d'intérêts, peu importe lesquelles.

* La demande en collocation servant de limite à l'année courante, il est clair que, suivant l'époque à laquelle cette demande sera formée, l'année courante comprendra un nombre plus ou moins considérable de mois ou de jours. Ainsi, pour une inscription prise le 1er juillet, l'année courante comprendra une année entière, si la demande en collocation est formée le 30 juin de l'une des années suivantes, tandis qu'elle ne comprendra que quelques jours, si cette demande est formée dans le commencement de juillet. De sorte que la portion d'intérêts, pour laquelle le créancier sera colloqué, en sus de deux années, au rang que son inscription lui assigne pour le capital, pourra varier d'un jour à une année. De cette singularité il est difficile de donner une bonne raison ; aussi la loi belge du 16 décembre 1851 a-t-elle modifié sur ce point l'art. 2151, en décidant que le créancier peut se faire colloquer pour *trois années* d'intérêts au même rang d'hypothèque que pour le capital ; et, dans les différents projets de réforme hypothécaire qui ont été élaborés chez nous de 1849 à 1851, on paraissait d'accord pour adopter une réforme analogue.

1397. On voit par les explications qui précèdent que l'inscription prise pour sûreté d'un capital produisant intérêts ou arrérages, sauvegarde pleinement les droits du créancier, tant que la troisième année à dater du jour de l'inscription n'est pas expirée. Mais, au moment où cette troisième année arrive à son terme, l'année courante devient l'année échue; il est alors dû trois années complètes d'intérêts au créancier, et l'inscription n'en sauvegarde que deux. Quelle est la situation du créancier pour l'année d'intérêts, qui échappe ainsi à l'effet conservateur de l'inscription? Cette année n'est pas rejetée dans la classe des créances chirographaires, mais bien dans celle des créances hypothécaires non inscrites. En effet, comme nous l'avons expliqué plus haut, le créancier, qui a hypothèque pour un capital productif d'intérêts ou d'arrérages, a par cela même hypothèque pour tous les intérêts ou arrérages à échoir, à quelque chiffre qu'ils puissent s'élever. Seulement l'inscription qu'il prend ne peut conserver les intérêts futurs que dans la limite fixée par l'art. 2151. Pour tout ce qui excède cette limite, le créancier se trouve avoir une créance hypothécaire non inscrite et qui par suite ne prendra rang qu'à dater de son inscription. C'est ce qui résulte de la partie finale de l'art. 2151 : « sans préjudice » des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à » compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés » par la première inscription ».

1398. On admet généralement que la limitation, établie par l'art. 2151 en ce qui concerne les effets de l'inscription, s'applique aux inscriptions prises pour sûreté d'une rente perpétuelle ou même viagère. La loi dit en effet : « Le créancier » inscrit pour un capital produisant intérêt ou *arrérages* »; or on sait que le mot *arrérages* désigne le produit d'un capital qui n'est pas exigible, d'un capital dont le créancier s'est interdit le droit de demander le remboursement, c'est-à-dire d'une

rente. Le crédirentier ne pourra donc se faire colloquer au rang de sa première inscription que pour les arrérages de deux années et de l'année courante, sauf à prendre des inscriptions particulières, ayant rang à compter de leur date, pour les arrérages qui excèderaient cette limite. Inutilement objecterait-on, en ce qui concerne les rentes viagères, que leurs arrérages ne sont pas uniquement, comme ceux d'une rente perpétuelle, les produits d'un capital, mais qu'ils contiennent en outre une partie du capital lui-même qui s'use tous les ans et qui aura complètement disparu le jour où la rente sera éteinte par la mort de celui sur la tête de qui elle a été constituée. Ce raisonnement vient se briser contre l'art. 588, qui, en attribuant pour la totalité les arrérages d'une rente viagère à l'usufruitier de cette rente, prouve bien que le législateur, à tort ou à raison, a considéré les arrérages des rentes viagères comme constituant exclusivement les fruits d'un capital qui est la rente elle-même. La jurisprudence est en ce sens. Poitiers, 7 décembre 1885, Sir., 86. 2. 81.

1399. Nous ne faisons pas de difficulté non plus pour reconnaître, en sens inverse, avec la doctrine, que l'art. 2151 n'est pas applicable aux hypothèques légales qui ont un rang indépendant de leur inscription. La dispense d'inscription s'applique aux intérêts comme au capital des créances garanties par l'hypothèque légale. Mais, le jour où la dispense d'inscription cesse, l'art. 2151 devient applicable, au moins quant aux droits liquidés. Ainsi un mineur, se conformant aux prescriptions de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, fait inscrire dans l'année de sa majorité son hypothèque légale contre son tuteur. Les intérêts, courus au profit du mineur à partir du jour où a cessé la dispense d'inscription, c'est-à-dire à compter de l'expiration de l'année qui a suivi sa majorité, dans l'espèce proposée, ne seront conservés par l'inscription que dans la limite fixée par l'art. 2151. Il en est ainsi du moins quant aux intérêts des droits liquidés.

1400. Plus délicate est la question de savoir si la limitation, établie par l'art. 2151, est applicable aux privilèges assujettis à la formalité de l'inscription, par exemple au privilège du copartageant, ou même à celui du vendeur d'immeubles, qui se conserve par une formalité que la loi déclare être l'équivalent d'une inscription, savoir la transcription. Il est certain que les motifs, qui ont inspiré la disposition restrictive de l'art. 2151, sont applicables aux créances privilégiées aussi bien qu'aux créances hypothécaires Il s'agit d'empêcher, dans l'intérêt de la publicité, que le chiffre de la créance, tel qu'il est annoncé par l'inscription, ne soit indéfiniment augmenté par l'accumulation des intérêts; autrement l'inscription ne réaliserait qu'une publicité menteuse. D'un autre côté, le chapitre IV, dans lequel se trouve l'art. 2151, a pour rubrique *Du mode de l'inscription des* PRIVILÈGES *et hypothèques.* La place de l'article, aussi bien que les motifs qui l'ont dicté, semble donc indiquer que sa disposition est applicable aux privilèges comme aux hypothèques.

Tel est en effet notre sentiment. L'opinion contraire triomphe en jurisprudence, et paraît l'emporter aussi dans la doctrine. On dit que l'art. 2151 contient une exception au droit commun, d'après lequel les intérêts, en leur qualité d'accessoires de la créance, devraient être conservés en totalité par l'inscription prise pour le capital; la disposition ne doit donc pas être étendue en dehors de ses termes, d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis;* par suite, elle ne saurait être appliquée aux privilèges, puisque la loi ne parle que des hypothèques (argument des mots *au même rang d'hypothèque... portant hypothèque...*). D'autant plus que cette extension aurait pour résultat de dénaturer complètement le droit du créancier privilégié en ce qui concerne les intérêts dépassant la limite fixée par l'art. 2151, puisque, de privilégiée, sa créance, pour ces intérêts, deviendrait hypothécaire.

* Mais d'abord est-il bien vrai que la disposition de l'art. 2151 exclue les privilèges? La loi débute en disant : « Le créancier inscrit pour un capital produisant

intérêts ou arrérages... » : expressions qui comprennent dans leur généralité les créances privilégiées aussi bien que les créances hypothécaires. Plus loin, il est vrai, on trouve ces mots *au même rang d'*HYPOTHÈQUE *que pour son capital,* et c'est de là qu'on induit que la disposition n'est pas applicable aux privilèges. Mais comment croire que, dans une disposition incidente, la loi ait entendu restreindre la portée des termes généraux qu'elle emploie d'abord? D'ailleurs est-ce que le privilège n'est pas une *hypothèque* privilégiée? Enfin est-il bien exact de considérer l'art. 2151 comme une disposition exceptionnelle? C'est bien plutôt une disposition générale, à notre avis. En tout cas, on n'établit nullement la prétendue règle à laquelle il dérogerait, savoir que l'inscription doit en principe conserver tous les intérêts à échoir. L'inscription est une mesure de publicité, et normalement elle ne doit conserver que les créances dont elle annonce l'existence; de sorte que, dans le silence de la loi, nous aurions préféré décider que l'inscription, prise pour un capital produisant intérêts, ne conserve que le capital, plus les intérêts échus au moment où l'inscription est prise et dont elle fait mention, mais non les intérêts à échoir. — Nous ne sommes pas beaucoup touché non plus du dernier argument qu'invoquent les partisans de l'opinion adverse, bien qu'ils paraissent y attacher une très grande importance. On dit qu'appliquer l'art. 2151 aux intérêts des créances privilégiées, c'est changer complètement, en ce qui concerne ces intérêts, la nature du droit du créancier : il a privilège pour les intérêts, accessoire de la créance, comme pour la créance elle-même, et on fait dégénérer son privilège en une hypothèque pour tous les intérêts excédant la limite fixée par l'art. 2151. — Il y a deux réponses : la première, c'est que le besoin de la publicité exigeait qu'il en fût ainsi; la seconde, c'est qu'il n'y a rien de plus facile pour le créancier que d'éviter la dégénérescence de son privilège en hypothèque : qu'il se fasse payer régulièrement les intérêts, de manière à n'être jamais au même moment créancier de plus de deux années et l'année courante, et ses droits seront pleinement sauvegardés.

III. *Intérêts échus depuis la demande en collocation.*

1401. On admet généralement que ces intérêts, à quelque chiffre qu'ils puissent s'élever, doivent être colloqués au même rang d'hypothèque que le capital (arg. art. 765 et 768 C. pr.). Les lenteurs, qui, à dater de la demande en collocation, retardent la distribution des deniers, sont du fait de la justice, et ne doivent pas préjudicier aux créanciers (Nancy, 12 août 1874, Sir., 76. 2. 22, et Cass., 12 juin 1876, Sir., 76. 1. 376).

§ V. *De la péremption des inscriptions.*

1402. Aux termes de l'art. 2154 : « *Les inscriptions conservent l'hy-* » *pothèque et le privilège pendant dix années, à compter du jour de leur* » *date; leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant* » *l'expiration de ce délai* ».

Ainsi, l'effet utile d'une inscription dure pendant dix années à compter de sa date. Si l'inscription n'est pas renouvelée avant l'expiration de ce délai, son *effet cesse,* c'est-à-dire qu'elle est réputée non avenue, elle est *périmée.*

Grâce à cette disposition, les conservateurs n'ont pas à se préoccu-

per, pour dresser les états qu'ils délivrent aux particuliers sur leur réquisition, des inscriptions ayant plus de dix années de date, et se trouvent dispensés par conséquent de consulter les registres qui les contiennent. Autrement les conservateurs n'auraient su à quelle limite s'arrêter dans leurs recherches; car les inscriptions auraient subsisté autant de temps que les créances, et celles-ci peuvent vivre indéfiniment par suite des suspensions et des interruptions de prescription. La tâche des conservateurs se trouvant ainsi considérablement simplifiée, leurs erreurs deviennent nécessairement moins fréquentes : ce qui a le double avantage d'augmenter dans l'opinion publique le crédit des états d'inscriptions qu'ils délivrent et de diminuer notablement leur responsabilité.

La péremption établie par l'art. 2154 est encore précieuse à un autre point de vue : elle permet de faire disparaître sans frais, par le moyen d'une simple omission, des inscriptions hypothécaires dont les causes n'existent plus. Une créance hypothécaire est payée à une époque voisine de celle où la péremption de l'inscription va s'accomplir. L'hypothèque est éteinte, car elle ne peut survivre à la créance (art. 2180), et le débiteur a intérêt à voir disparaître le signe matériel qui en atteste l'existence aux yeux du public, c'est-à-dire l'inscription. Il lui suffira, pour atteindre ce but, de laisser la péremption remplir son office. Au moment où elle s'accomplira, l'inscription sera effacée, et le débiteur sera dispensé de supporter les frais d'une radiation volontaire ou forcée.

Ainsi, en résumé, la péremption consacrée par l'art. 2154 a été établie dans le double but de faciliter les recherches des conservateurs sur les registres des inscriptions, en limitant ces recherches à une période de dix années, et d'autre part de procurer aux particuliers le moyen de dégrever sans frais leurs immeubles des inscriptions hypothécaires dont les causes n'existent plus.

1403. Effets de la péremption. — Il faut maintenant insister sur les effets de la péremption. Elle efface l'inscription, mais non le privilège ou l'hypothèque dont elle est le signe visible. Le créancier, dont l'inscription est périmée, conserve donc son droit de privilège ou d'hypothèque; mais il perd le bénéfice de son inscription, c'est-à-dire le rang qu'elle lui avait conféré. En un mot, le créancier, qui a laissé la péremption s'accomplir, se trouve dans la même situation que s'il n'avait jamais pris d'inscription. Il pourra donc en prendre une nouvelle, mais qui ne lui donnera rang qu'à compter de sa date. Et encore faut-il pour cela qu'à l'époque où le créancier veut prendre la nouvelle inscription, il ne soit survenu aucun des événements qui arrêtent le cours des inscriptions et dont nous avons donné la liste sous

l'art. 2146, notamment la vente de l'immeuble suivie de la transcription (Cass., 16 janvier 1884, Sir., 85. 1. 217). Autrement la perte du rang conféré par l'inscription équivaudrait à la perte de l'hypothèque ou du privilège, puisqu'il ne serait plus possible de lui assigner un rang rang quelconque par une nouvelle inscription.

1404. Les effets de la péremption sont donc infiniment graves. La loi offre au créancier un moyen fort simple de s'y soustraire : il consiste à *renouveler* l'inscription, c'est-à-dire à prendre une nouvelle inscription en renouvellement de l'ancienne, avant que la péremption soit accomplie. Le créancier, qui a renouvelé son inscription en temps utile, conserve le rang qu'elle lui assignait. Le renouvellement rajeunit l'ancienne inscription, et lui assure une nouvelle durée de dix années à compter de la date du renouvellement. Après l'expiration de ce délai, l'inscription renouvelée sera elle-même périmée, à moins que le créancier n'ait conjuré la péremption par un deuxième renouvellement. En renouvelant ainsi successivement son inscription tous les dix ans, le créancier peut en conserver indéfiniment le bénéfice.

1405. Comment s'opère le renouvellement — Il n'est pas nécessaire de présenter au conservateur des hypothèques le titre en vertu duquel l'inscription qu'il s'agit de renouveler a été prise, mais seulement les deux bordereaux exigés par l'art. 2148 al. 2. Il doit ressortir clairement de ces bordereaux que l'inscription est prise en *renouvellement;* autrement elle ne conserverait pas au créancier le rang que lui assigne l'ancienne inscription, parce que les tiers seraient autorisés à croire qu'il s'agit d'une première inscription prenant rang à compter de sa date. D'ailleurs il ne paraît pas indispensable que les bordereaux contiennent toutes les énonciations prescrites par l'art. 2148 ou par l'art. 2153 suivant les cas, s'ils se réfèrent d'une manière précise à l'inscription qu'ils ont pour objet de renouveler ; l'ancienne inscription peut alors servir à compléter la nouvelle.

1406. Nous avons vu que les divers événements qui arrêtent le cours des inscriptions, tels que le jugement qui déclare la faillite du débiteur, sa mort suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession, n'empêchent pas le renouvellement utile d'une inscription qui est sur le point de se périmer (*supra*, n. 1381).

1407. Point de départ et terme du délai de la péremption. — La détermination exacte du délai de dix ans, à l'expiration duquel la péremption est accomplie, offre une importance capitale ; car, renouvelée dans le délai, fût-ce le dernier jour, l'inscription échappe à la péremption, tandis qu'elle en subit l'effet, si elle est renouvelée après l'expiration du délai, fût-ce le lendemain. La loi dit que les inscriptions produisent leur effet « pendant dix années *à compter* DU JOUR *de* » *leur date* ». Donc le jour où l'inscription a été prise ne compte pas. C'est une application de la règle *Dies a quo non computatur in termino.*

Le délai commencera par conséquent à courir le lendemain du jour de la date de l'inscription, et se terminera après dix années révolues, c'est-à-dire le dixième anniversaire de l'inscription : ce sera le dernier jour utile pour le renouvellement. Ainsi une inscription prise le 1er février 1889, pourra être renouvelée utilement le 1er février 1899, mais pas le lendemain, alors même que le dernier jour du délai serait un jour de fête légale.

1408. Citons en terminant trois dispositions législatives, d'où il résulte que le délai de la péremption s'est trouvé augmenté de quelques mois pour toutes les inscriptions hypothécaires prises avant le 15 juillet 1870, jour de la déclaration de la guerre à la Prusse, et non encore périmées à cette date. Ce sont les décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870 et la loi du 26 mai 1871, qui ont suspendu les prescriptions et forclusions, en matière d'inscriptions hypothécaires et de transcriptions, pendant toute la période écoulée du 15 juillet 1870 au onzième jour après celui de la promulgation de la loi du 26 mai 1871.

1409. Epoque à dater de laquelle cesse la nécessité du renouvellement. — Le renouvellement n'est plus nécessaire pour conjurer la péremption, lorsque l'inscription a produit son effet légal, c'est-à-dire à dater de l'époque où l'immeuble grevé de l'hypothèque ou du privilège a été irrévocablement converti en argent.

La difficulté est de préciser cette époque. Elle se place, suivant l'opinion générale, au moment où commence la procédure de la purge (art. 2183), pour le cas d'aliénation volontaire, et au moment du jugement d'adjudication, dans le cas de vente forcée. Cpr. Cass., 14 novembre 1882, Sir., 83. 1. 177; Aix, 10 juin 1884, et Nîmes, 11 juillet 1884, Sir., 84. 2. 155. V. cep. Bordeaux, 31 juillet 1882, Sir., 84. 2. 141.

1410. Domaine de l'article 2154. — La règle qu'établit cet article s'applique aux inscriptions des privilèges aussi bien qu'aux inscriptions des hypothèques. Toute inscription soit de privilège, soit d'hypothèque est périmée au bout de dix ans, si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

Dans son application aux privilèges, la règle n'est contestée que pour le privilège du vendeur. Quelques-uns prétendent que la transcription assure pour un temps indéfini la conservation de ce privilège.

En ce qui concerne les hypothèques, la règle doit être appliquée à toutes les hypothèques inscrites, sans exception, même à l'hypothèque légale de la femme mariée et à celle du mineur. Si donc ces hypothèques ont été inscrites, l'inscription sera périmée au bout de dix ans, à défaut de renouvellement. La femme ou le mineur perdront-ils alors le rang de faveur que la loi assigne à leur hypothèque? La question se résout d'une manière fort simple à l'aide du principe posé au n. 1403, savoir que le créancier dont l'inscription est périmée se trouve dans la même situation que s'il n'avait pas pris d'inscription. De là il résulte : 1° que, si le mariage ou la tutelle dure encore à l'époque où la péremption s'accomplit, la femme ou le mineur conservera son rang de faveur, car ce rang lui appartient indépendamment de l'inscription périmée (art. 2135); 2° que, si l'inscription se périme après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, mais dans l'année qui suit l'un ou l'autre de ces événements, le mineur ou la femme conservera son rang de faveur par une inscription prise avant l'expiration de ladite année, fût-ce après la péremption accom-

plie; 3° que, si la péremption s'accomplit après l'expiration de l'année dont il vient d'être parlé, la femme ou le mineur perdra le rang de faveur attaché à son hypothèque, en supposant bien entendu que l'inscription n'ait pas été renouvelée en temps utile.

§ VI. *Disposition particulière.*

1411. Aux termes de l'art. 2156 : « *Les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers, seront intentées devant le tribunal compétent, par exploits faits à leur personne, ou au dernier des domiciles élus sur le registre; et ce, nonobstant le décès, soit des créanciers, soit de ceux chez lesquels ils auront fait élection de domicile* ».

Le tribunal compétent est le tribunal de la situation de l'immeuble. V. art. 2159.

CHAPITRE V

DE LA RADIATION ET RÉDUCTION DES INSCRIPTIONS

1412. Deux matières sont traitées dans ce chapitre, ainsi que son intitulé l'indique, savoir la radiation des inscriptions (art. 2157 à 2160) et la réduction des inscriptions (art. 2161 à 2165).

§ I. *De la radiation des inscriptions.*

1413. Définition. — La radiation consiste dans l'anéantissement juridique d'une inscription. Nous disons dans l'anéantissement *juridique;* car on laisse subsister matériellement l'inscription rayée. On ne la biffe même pas, comme pourrait le faire croire le mot *radiation :* le conservateur se borne à insérer en marge de l'inscription une annotation indiquant qu'elle est *rayée,* et relatant en outre l'acte en exécution duquel la radiation a été effectuée.

1414. Diverses espèces de radiations. — Aux termes de l'art. 2157 : « *Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée* ».

Il existe donc deux espèces de radiation : la radiation volontaire et la radiation judiciaire ou forcée.

Le code de procédure civile organise dans ses art. 751, 759, 769, 771 et 777 une radiation judiciaire d'une nature toute particulière, qui est ordonnée, non par le tribunal, mais par le juge commissaire. Plusieurs auteurs la placent dans une catégorie à part; nous n'en parlons ici que pour mémoire.

N° 1. De la radiation volontaire.

1415. La radiation volontaire est celle qui est consentie par le créancier. L'acte par lequel le créancier donne ce consentement porte

le nom de *mainlevée*. Donner mainlevée d'une inscription, c'est donc consentir à sa radiation.

La loi requiert pour la validité de la mainlevée des conditions de fond et des conditions de forme.

I. *Conditions de fond.*

1416. Pour pouvoir valablement donner mainlevée d'une inscription, il faut avoir la capacité requise. Quelle capacité ? La loi ayant omis de s'expliquer sur ce point, nous suppléerons à son silence en faisant appel aux principes généraux. Ils conduisent à distinguer, suivant que la radiation est consentie à la suite du paiement de la créance ou bien avant que ce paiement ait été effectué.

a. — Nous formulons dans les termes suivants le principe qui régit la première hypothèse : Toute personne, ayant capacité pour recevoir le paiement d'une créance et en donner valable quittance, a par cela même capacité pour consentir, à la suite du paiement, la radiation des inscriptions prises pour sûreté de la créance. En effet le paiement a éteint la créance et par suite l'hypothèque (art. 2180); l'inscription, qui est le signe visible de l'existence de l'hypothèque, doit donc disparaître. Si la radiation n'était pas consentie, la justice devrait l'ordonner (art. 2160); il est donc tout naturel d'autoriser celui qui peut valablement recevoir et constater le paiement à consentir la radiation. Ainsi une femme mariée séparée de biens peut, en touchant une créance, consentir la radiation des inscriptions prises pour sûreté de cette créance (arg. art. 1449). Il en est de même du tuteur qui reçoit le paiement d'une créance appartenant à son pupille.

b. — Quant à la radiation consentie avant le paiement de la créance, et par suite à titre de concession gracieuse pour le débiteur, elle peut être de grave conséquence pour le créancier ; car elle entraînera quelquefois la perte de la créance, puisqu'elle prive le créancier, sinon de son hypothèque, du moins de son rang hypothécaire. Aussi doit-on décider que cette radiation ne peut être consentie que par celui qui a la capacité requise pour disposer de la créance. Un simple administrateur du bien d'autrui, comme le tuteur, n'aurait pas ce droit.

II. *Conditions de forme.*

1417. L'acte de mainlevée doit être authentique. C'est ce qui résulte de l'art. 2158 : « *Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la* » *radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte* » *authentique portant consentement, ou celle du jugement* ».

D'ailleurs, si l'on admet que l'hypothèque peut être consentie par un acte notarié rédigé en brevet (*supra*, n. 1315), il est difficile de se montrer plus exigeant en ce qui concerne la mainlevée, bien que l'art. 2158 parle d'une *expédition* de l'acte authentique portant consentement : ce qui suppose un acte rédigé en minute.

Le conservateur pourrait, devrait même, pour sauvegarder sa responsabilité, refuser d'opérer la radiation, si on lui justifiait du consentement du créancier en toute autre forme que celle exigée par l'art. 2158. Ainsi le créancier et le débiteur se présentent devant le conservateur des hypothèques ; le créancier déclare qu'il consent à la radiation de son inscription, et le débiteur requiert la radiation. Le conservateur devra refuser de l'opérer. D'abord il peut ne pas connaître la personne du créancier, ou ignorer s'il est capable ; en tous cas, il n'a pas reçu de la loi mission pour constater la volonté des parties. De même, le conservateur devrait refuser d'opérer la radiation, si elle était requise en vertu d'un acte de mainlevée sous seing privé. La radiation pouvant être la source d'un préjudice irréparable pour le créancier, la loi a voulu qu'elle ne pût être opérée qu'en vertu d'un acte offrant toutes garanties de sincérité ; or l'acte sous seing privé ne satisfait pas à cette condition, car il peut être l'œuvre de la fraude.

Est-ce à dire que la mainlevée consentie par acte sous seing privé serait nulle et de nul effet? Telle n'est pas notre pensée. La loi ne fait pas de la mainlevée un acte solennel. Le créancier serait donc obligé par la mainlevée qu'il aurait consentie en la forme sous seing privé ou même verbalement, à supposer que la preuve en fût régulièrement fournie par le débiteur. Celui-ci pourrait exiger que le créancier consentît la radiation en la forme authentique, et, s'il s'y refuse, obtenir une mainlevée judiciaire.

N° 2. De la radiation judiciaire ou forcée.

1418. La radiation judiciaire ou forcée est celle qui est ordonnée par la justice. Il faut supposer que le créancier ne peut ou ne veut consentir la radiation; alors celui qui est intéressé à l'obtenir la demande à la justice, et celle-ci doit l'accorder toutes les fois que les causes de l'inscription n'existent pas ou n'existent plus. Cette brève formule nous paraît traduire exactement la pensée qui a dicté l'art. 2160, ainsi conçu : « *La radiation doit être ordonnée par les tribunaux, lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits de privilège ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales* ».

= *Lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre.* Par exemple, lorsqu'elle a été prise par un créancier qui n'en avait pas le droit, parce qu'il n'avait ni privilège ni hypothèque; ou bien s'il s'agit d'une inscription prise avant l'époque où la loi permettait de la prendre. V. loi du 3 septembre 1807, art. 1er, et *supra*, n. 1270.

= *Lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre irrégulier.* Cela fait probablement allusion au cas où l'inscription a été prise en vertu d'un titre constitutif qui ne satisfait pas aux prescriptions de l'art. 2127, par exemple en vertu d'un titre constitutif d'hypothèque sous seing privé.

= *Lorsqu'elle l'a été en vertu... d'un titre éteint ou soldé.* Le titre dont il est ici question, c'est le titre de la créance. Quand la créance est éteinte ou soldée, l'hypothèque est éteinte par voie de conséquence, et l'inscription doit être rayée.

= *Ou lorsque les droits de privilège ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales.* L'hypothèque peut, ainsi que nous le verrons sous l'art. 2180, s'éteindre indépendamment de la créance qu'elle garantit, et par suite en vertu des causes d'extinction qui lui son propres; dans ce cas encore, la radiation de l'inscription doit être ordonnée.

1419. Par qui peut être demandée la radiation judiciaire. — Dans le silence de la loi, il faut décider que la radiation judiciaire peut être demandée par toute personne ayant intérêt, c'est-à-dire : 1° par les créanciers hypothécaires dont l'inscription est de date postérieure à celle qu'il s'agit de faire rayer ; 2° par l'acquéreur de l'immeuble sur lequel l'inscription existe ; 3° par le débiteur sur le bien duquel porte l'inscription. Toutefois, le débiteur n'a pas le droit de requérir la radiation d'une inscription, qu'il prétendrait être nulle en la forme parce qu'elle ne contient pas toutes les énonciations requises par l'art. 2148. Les formes de l'inscription n'ont pas été prescrites dans l'intérêt du débiteur, et par suite il ne peut invoquer la nullité résultant de leur inobservation.

1420. Tribunal compétent. — Le tribunal compétent pour statuer sur la demande en radiation est celui dans le ressort duquel l'inscription a été faite, ou, ce qui est équivalent, le tribunal de la situation de l'immeuble. L'art. 2159, après avoir formulé cette règle, y apporte deux exceptions : « *La radiation non consentie est » demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est » lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou » indéterminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier » prétendu sont en instance ou doivent être jugés dans un autre tribunal; auquel cas » la demande en radiation doit y être portée ou renvoyée. — Cependant la convention » faite par le créancier et le débiteur, de porter, en cas de contestation, la demande » à un tribunal qu'ils avaient désigné, recevra son exécution entre eux* ».

Nous parlons d'abord, parce que nous n'avons qu'un mot à en dire, de l'exception contenue dans la partie finale de notre article. Elle a lieu, lorsque le créancier et le débiteur sont convenus de porter la demande en radiation devant un tribunal autre que celui de la situation. Cette convention, dit la loi, « recevra son exécution *entre eux* ». Elle ne serait donc pas opposable aux tiers intéressés, et notamment au tiers détenteur de l'immeuble sur lequel l'inscription existe. La convention dont il s'agit peut d'ailleurs être expresse ou tacite. Elle est tacite, quand, la demande en radiation ayant été introduite devant un tribunal autre que celui de la situation de l'immeuble, le créancier a négligé d'opposer l'exception d'incompétence ; il a ainsi implicitement accepté la compétence du tribunal.

L'autre exception, qui est formulée par l'alinéa 1er de notre article, nous arrêtera plus longtemps. Un créancier a obtenu contre son débiteur une condamnation judiciaire éventuelle ou indéterminée : par exemple il s'agit d'une condamnation en des dommages et intérêts à fixer par état ; l'hypothèque judiciaire résultant de cette condamnation a été inscrite ; le débiteur demande la radiation de l'inscription. Quel sera le tribunal compétent pour connaître de cette demande? Ce sera, dit la loi, le tribunal qui a prononcé la condamnation, dont le créancier a voulu assurer l'exécution en inscrivant l'hypothèque judiciaire, et devant lequel les parties sont en instance ou doivent être jugées pour l'exécution ou la liquidation de la condamnation. Ce tribunal peut ne pas être celui de la situation de l'immeuble, et alors il y aura dérogation à la règle générale de compétence formulée par l'art. 2159 al. 1. La raison de cette exception paraît être que la question de savoir si l'inscription de l'hypothèque doit être maintenue ou rayée est une question relative à l'exécution du jugement d'où résulte l'hypothèque ; or il est de principe que les tribunaux connaissent de l'exécution de leurs jugements. Ce principe touche à l'ordre public : aussi la loi dit-elle que, si la demande en radiation a été portée devant un autre tribunal que celui qui a prononcé la condamnation, elle DOIT être renvoyée à ce dernier. Le renvoi sera au besoin ordonné d'office.

L'exception sur laquelle nous venons de nous expliquer devrait être appliquée, à raison de la généralité des termes de la loi, quelle que fût la juridiction qui a pro-

noncé la condamnation d'où résulte l'hypothèque, fût-ce un tribunal de commerce ou une justice de paix.

La disposition de l'art. 2159 al. 1, semble d'ailleurs devoir être généralisée, et appliquée même au cas où la condamnation d'où dérive l'hypothèque judiciaire n'est pas éventuelle ou indéterminée; *eadem est ratio.* Il est toujours vrai de dire que la question de savoir si l'inscription d'une hypothèque judiciaire doit être maintenue ou rayée est une question relative à l'exécution du jugement d'où résulte l'hypothèque, et qu'à ce titre elle est de la compétence du tribunal qui a prononcé la condamnation.

* Autre est le cas où, s'agissant d'une hypothèque conventionnelle ou légale, les parties seraient en instance, relativement à la créance garantie par cette hypothèque, devant un tribunal autre que celui de la situation de l'immeuble. La demande en radiation de l'inscription ne soulève plus alors une question relative à l'exécution d'un jugement, puisqu'il n'y a pas eu de jugement rendu. Toutefois cette question est évidemment connexe à celle de savoir si la créance existe ou n'existe pas; aussi pourrait-il y avoir lieu dans ce cas à l'exception de connexité de l'art. 171 du code de procédure civile. Mais le renvoi ne devrait pas être ordonné *d'office* par le juge.

1421. Conditions requises pour l'exécution du jugement qui ordonne une radiation. L'exécution du jugement ordonnant la radiation d'une inscription rentre dans l'office du conservateur des hypothèques; elle consiste, nous l'avons déjà dit, à insérer en marge de l'inscription la mention qu'elle est rayée en vertu du jugement. Le conservateur ne doit procéder à cette exécution qu'autant que le jugement qui l'ordonne a acquis l'autorité définitive de la chose jugée : ce qui arrive lorsqu'il est en dernier ressort ou passé en force de chose jugée (art. 2157).

Ainsi le conservateur ne devrait pas opérer la radiation, qu'ordonne un jugement par défaut, avant l'expiration du délai de l'opposition, ni même après l'expiration de ce délai, s'il a été frappé d'opposition. De même, le conservateur ne devrait pas opérer la radiation ordonnée par un jugement non frappé d'appel, si le délai de l'appel n'est pas encore expiré; car le délai de l'appel est ici suspensif de l'exécution, contrairement aux règles ordinaires, parce que l'exécution du jugement pourrait causer au créancier un préjudice irréparable. Arg. art. 548 C. pr.

Celui qui requiert la radiation ordonnée par un jugement doit donc prouver au conservateur que le jugement a l'autorité définitive de la chose jugée. Cette preuve sera facile, si le jugement est en dernier ressort; elle résultera de la simple présentation au conservateur d'une expédition du jugement. Elle sera un peu plus compliquée, si le jugement est passé en force de chose jugée; le requérant devra joindre alors à l'expédition du jugement les pièces indiquées par l'art. 548 du code de procédure civile.

Dans tous les cas, le jugement doit avoir été préalablement signifié, la signification étant un préliminaire obligé de l'exécution de tout jugement, et la preuve en devra être fournie au conservateur.

* **1422.** Les jugements en dernier ressort ont l'autorité définitive de la chose jugée (*hoc sensu*), et peuvent par suite être exécutés malgré l'éventualité de la requête civile ou du pourvoi en cassation. Leur exécution n'est même pas suspendue par l'exercice de l'une de ces voies extraordinaires de recours, tant que le jugement n'a pas encore été rétracté. Il en résulte que la radiation, ordonnée par un jugement en dernier ressort, doit être effectuée par le conservateur, de ce régulière-

ment requis, bien que ce jugement soit encore susceptible d'être attaqué ou même ait été déjà attaqué par requête civile ou pourvoi en cassation. Supposons que la radiation soit opérée, et que plus tard le jugement qui l'a ordonnée soit rétracté sur la requête civile ou sur le pourvoi en cassation ; quelle sera la situation du créancier dont l'inscription se trouve ainsi avoir été indûment rayée ? Incontestablement il pourra prendre une nouvelle inscription ; la difficulté est de savoir quel rang elle lui confèrera.

On est à peu près d'accord pour admettre que la nouvelle inscription ne restituera pas au créancier son ancien rang par rapport aux créanciers hypothécaires, qui se sont inscrits depuis que la radiation a été effectuée et avant que l'inscription ait été rétablie. Ces créanciers en effet seraient trompés, si on venait leur opposer une inscription dont ils n'ont dû tenir aucun compte puisqu'elle était rayée à l'époque où ils se sont eux-mêmes inscrits. Par rapport à eux, la nouvelle inscription ne prendra donc rang qu'à compter de sa date, conformément au droit commun.

La question est plus délicate, quand on envisage la situation du créancier, qui a pris la nouvelle inscription en remplacement de celle indûment rayée, dans ses rapports avec les créanciers hypothécaires déjà inscrits à l'époque où la radiation a été effectuée et qui étaient primés par lui. On incline généralement à décider qu'à leur égard il reprend son ancien rang en vertu de sa nouvelle inscription. On dit à l'appui de cette solution que les anciens créanciers n'ont pas le droit de se plaindre, puisqu'à l'époque où ils se sont inscrits, il ont dû compter qu'ils seraient primés par l'inscription dont il s'agit, et qu'ils ne doivent pas profiter de ce que plus tard elle a été indûment rayée. — Et toutefois l'argument n'est pas péremptoire ; car ces créanciers, à partir du jour où la radiation a été effectuée, ont dû considérer l'inscription comme non avenue, et ont pu accomplir dans cette persuasion des actes qui aujourd'hui vont peut-être leur causer un préjudice irréparable, par exemple accorder un délai au débiteur ou négliger de s'opposer à l'accomplissement d'actes de nature à diminuer leur gage, par exemple la destruction d'un édifice.

§ II. *De la réduction des inscriptions.*

1423. La loi autorise dans certains cas la réduction judiciaire des inscriptions, soit en ce qui concerne les immeubles qu'elles atteignent, soit quant à la somme pour laquelle elles ont été prises.

1. *Réduction judiciaire des inscriptions quant aux immeubles sur lesquels elles portent.*

1424. Le créancier, qui a une hypothèque légale de l'art. 2121 ou une hypothèque judiciaire, a le droit de prendre inscription sur tous les immeubles présents et à venir de son débiteur (art. 2122, 2123 et 2148-5°). Or il peut arriver que les immeubles atteints par l'inscription d'une semblable hypothèque aient une valeur de beaucoup supérieure au montant des créances garanties. Le débiteur est alors autorisé à demander en justice, s'il ne peut y parvenir amiablement, que l'inscription soit réduite aux immeubles suffisants pour la garantie du créancier, et par suite à obtenir la radiation des inscriptions en tant qu'elles portent sur plus d'immeubles qu'il n'est nécessaire à la sûreté du créancier.

L'art. 2161 dit à ce sujet : « *Toutes les fois que les inscriptions prises par un créan-*

» *cier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présents ou sur les* » *biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de* » *domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduc-* » *tion des inscriptions, ou en radiation d'une partie en ce qui excède la proportion* » *convenable, est ouverte au débiteur. On y suit les règles de compétence établies* » *dans l'art. 2159. — La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypo-* » *thèques conventionnelles* ». Et l'art. 2162 ajoute : « *Sont réputées excessives les ins-* » *criptions qui frappent sur plusieurs domaines, lorsque la valeur d'un seul ou de* » *quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des* » *créances en capital et accessoires légaux* ».

Ainsi, pour que la justice puisse ordonner la réduction des inscriptions d'hypothèques légales ou judiciaires, deux conditions sont requises. Il faut :

a. — Que ces hypothèques n'aient pas été restreintes ou réduites par la convention des parties (argument des mots *sans limitation convenue* de l'art. 2161); car alors elles seraient devenues conventionnelles, et on ne réduit pas les hypothèques conventionnelles : ce serait porter atteinte à la convention des parties;

b. — Que les inscriptions soient excessives. La loi ne les considère comme telles que lorsque les deux conditions suivantes se trouvent réunies : 1° que les inscriptions portent sur plusieurs domaines différents, ce qui signifie sur plusieurs immeubles distincts; la justice ne pourrait donc pas autoriser la réduction de l'inscription qui porterait sur un seul domaine, quelque considérable que fût sa valeur, et décider par exemple que l'inscription ne grèvera qu'une partie de ce domaine; 2° que la valeur d'un seul ou de quelques-uns des domaines, atteints par les inscriptions excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances garanties, en capita, et accessoires légaux. L'art. 2165 indique au juge comment il devra s'y prendre pour apprécier si cet excès existe : « *La valeur des immeubles dont la comparai-* » *son est à faire avec celle des créances et le tiers en sus, est déterminée par quinze* » *fois la valeur du revenu déclaré par la matrice du rôle de la contribution foncière,* » *ou indiquée par la cote de contribution sur le rôle, selon la proportion qui existe* » *dans les communes de la situation entre cette matrice ou cette cote et le revenu,* » *pour les immeubles non sujets à dépérissement, et dix fois cette valeur pour ceux* » *qui y sont sujets. Pourront néanmoins les juges s'aider, en outre, des éclaircisse-* » *ments qui peuvent résulter des baux non suspects, des procès-verbaux d'estimation* » *qui ont pu être dressés précédemment à des époques rapprochées, et autres actes* » *semblables, et évaluer le revenu au taux moyen entre les résultats de ces divers* » *renseignements* ».

En appliquant le procédé imposé par le texte que nous venons de transcrire, on arrive à une estimation de beaucoup inférieure à la valeur réelle des immeubles qui servent d'assiette à l'inscription. Ainsi un immeuble, dont le revenu est de 1,000 fr., sera estimé 10,000 fr. s'il est sujet à détérioration, si c'est une maison par exemple, et 15,000 dans le cas contraire. Sa valeur réelle sera en général au moins égale au double de ces chiffres.

Notons en terminant que, si l'hypothèque générale qu'il s'agit de réduire est celle d'une femme mariée, d'un mineur ou d'un interdit, il y a lieu d'appliquer les règles spéciales établies par les art. 2141 à 2145. Nous ne voyons pas d'autre moyen de concilier ces diverses dispositions législatives.

2. *Réduction judiciaire des inscriptions quant à la somme pour laquelle elles ont été prises.*

1425. Il s'agit du cas où, l'hypothèque garantissant une créance dont le montant est indéterminé, le créancier, en prenant l'inscription,

a évalué la créance à un chiffre exagéré (art. 2132 *in fine* et 2148-4°). La loi autorise le débiteur à faire réduire cette évaluation.

Nous nous bornons sur ce point à transcrire les art. 2163 et 2164.

Art. 2163. *Peuvent aussi être réduites comme excessives, les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier, des créances, qui, en ce qui concerne l'hypothèque à établir pour leur sûreté, n'ont pas été réglées par la convention, et qui, par leur nature, sont conditionnelles, éventuelles ou indéterminées.*

Art. 2164. *L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges, d'après les circonstances, les probabilités des chances et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur; sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte.*

CHAPITRE VI

DE L'EFFET DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS

1426. On se souvient que l'hypothèque (et il en est de même du privilège, du moins quand il porte sur un immeuble) confère au créancier un droit de préférence et un droit de suite.

Un droit de préférence, grâce auquel il peut se faire payer sur le prix de l'immeuble qui lui sert de gage, par préférence aux créanciers chirographaires de son débiteur, et même par préférence aux créanciers ayant sur le même immeuble un privilège ou une hypothèque, mais d'un rang inférieur au sien; le droit de préférence s'exerce donc entre créanciers.

Un droit de suite, auxiliaire du droit de préférence, qui permet au créancier de suivre son gage entre les mains du détenteur quel qu'il soit, c'est-à-dire d'en obtenir la réalisation, à l'aide d'une saisie suivie de vente, pour se payer sur le prix, comme si l'immeuble n'était pas sorti des mains du débiteur.

On voit que l'exercice du droit de suite suppose l'aliénation totale ou partielle de l'immeuble hypothéqué ou grevé du privilège. Tant que la propriété de cet immeuble reste intacte sur la tête du débiteur, le créancier privilégié ou hypothécaire ne peut se trouver en conflit qu'avec d'autres créanciers de son débiteur, et à l'égard de tels adversaires son droit de préférence lui suffit. Il ne lui suffit plus à l'encontre d'un *tiers détenteur,* qui se prévaut d'un droit de propriété par lui acquis sur l'immeuble, et qui d'ailleurs, nous le supposons, n'est pas personnellement obligé au paiement de la dette; car il peut dire au créancier : « De quel droit venez-vous saisir cet immeuble qui m'appartient? » Voilà pourquoi la loi a doublé dans cette hypothèse le droit de préférence du droit de suite : grâce à lui, le droit de préférence du

créancier privilégié ou hypothécaire ne vient pas se briser contre une aliénation. Au tiers détenteur qui oppose son droit de propriété, le créancier répondra : « Vous détenez mon gage ; la loi me donne le droit de le poursuivre entre vos mains. Ce n'est pas vous que j'attaque, c'est l'immeuble sur lequel porte mon privilège ou mon hypothèque, *res non persona convenitur;* ou du moins, si je vous attaque, ce n'est pas comme étant personnellement obligé envers moi, mais seulement comme détenteur de mon gage, *propter rem et occasione rei* ».

Notre chapitre ne s'occupe que du droit de *suite*. Les règles en sont les mêmes pour les privilèges et pour les hypothèques, et on a été ainsi conduit tout naturellement à les réunir dans une même série de dispositions (art. 2166 à 2179). Au contraire, le législateur a dû traiter séparément du droit de préférence attaché aux privilèges sur les immeubles (section IV du chapitre II, art. 2106 à 2113) et du droit de préférence résultant des hypothèques (section IV du chapitre III, art. 2134 et s.), parce que les règles diffèrent.

§ I. *Conditions requises pour l'exercice du droit de suite.*

N° 1. Principe.

1427. « *Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite sur un* » *immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués* » *et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions* ». Ainsi s'exprime l'art. 2166.

L'exercice du droit de suite est donc subordonné à la même condition que l'exercice du droit de préférence, savoir la publicité, qui se réalise, comme on sait, par le moyen d'une inscription. Cette règle s'applique au privilège comme à l'hypothèque. A supposer, comme on l'a prétendu, à tort selon nous, que l'art. 2166 permette de concevoir quelque doute à ce sujet, il n'est plus possible d'hésiter en présence de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, que nous transcrivons plus loin.

Le principe souffre exception cependant à l'égard des hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit. On se souvient que ces hypothèques sont dispensées d'inscription (art. 2135). La dispense étant formulée dans les termes les plus généraux, on doit en conclure qu'elle existe, non seulement au point de vue de l'exercice du droit de préférence, mais aussi au point de vue de l'exercice du droit de suite. Les hypothèques dont il s'agit confèrent donc le droit de suite, indépendamment de leur inscription. *Adde* arg. art. 2195. Nous reviendrons sur ce point.

N° 2. Jusqu'à quelle époque l'inscription peut être utilement prise à l'effet d'exercer le droit de suite.

1428. L'inscription requise pour l'exercice du droit de suite peut-elle être utilement prise à une époque quelconque, même après l'alié-

nation de l'immeuble et au moment, quel qu'il soit, où il plairait au créancier de le saisir ? Le simple bon sens suggère une réponse négative ; car autrement la formalité de l'inscription serait complètement illusoire. Alors, jusqu'à quelle époque le créancier pourra-t-il utilement s'inscrire à l'effet d'exercer son droit de suite ? Quelle est la limite extrême qu'il ne pourra pas dépasser ? Sur ce point important, notre législation a beaucoup varié. Depuis un siècle environ, elle a parcouru quatre étapes différentes, marquées par la loi du 11 brumaire de l'an VII, par le code civil, par le code de procédure civile et par la loi du 23 mars 1855. Nous allons les passer successivement en revue.

Pour ne pas compliquer une question par une autre, nous supposerons toujours qu'il s'agit d'une hypothèque ou d'un privilège valablement acquis, et nous rechercherons seulement à quelle époque l'inscription doit être opérée pour assurer l'exercice du droit de suite.

I. *Loi du 11 brumaire de l'an VII*

1429. On se souvient que, d'après le système inauguré par cette loi, l'acquéreur d'un immeuble n'en devenait propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, le titre de l'acquéreur n'était donc pas opposable aux créanciers hypothécaires ou privilégiés de l'aliénateur, en leur qualité de tiers. De là le droit qui leur appartenait de s'inscrire utilement à l'effet d'exercer leur droit de suite, même après l'aliénation de l'immeuble et tant que la transcription n'en avait pas été effectuée. Mais, cette formalité une fois remplie, l'aliénation leur devenait opposable, et par suite ils ne pouvaient plus utilement s'inscrire. Toute hypothèque ou tout privilège, inscrit postérieurement à la transcription, n'était pas opposable à l'acquéreur.

Le système de la loi du 11 brumaire de l'an VII peut donc être traduit dans la formule suivante : *La transcription purge les hypothèques et les privilèges non inscrits, acquis du chef du précédent propriétaire.*

II. *Code civil.*

1430. Sous l'empire du code civil, au moins d'après l'opinion qui avait prévalu en doctrine et en jurisprudence, les aliénations à titre onéreux d'immeubles étaient efficaces à l'égard des tiers indépendamment de la transcription. Ce principe s'appliquait aux aliénations forcées (ventes sur saisie) aussi bien qu'aux aliénations volontaires. Il en résultait que les créanciers, ayant privilège ou hypothèque sur un immeuble, ne pouvaient plus utilement s'inscrire à dater du contrat (ordinairement de la vente) qui en réalisait l'aliénation volontaire, ou du jugement qui en opérait l'aliénation forcée.

En d'autres termes, *la vente d'un immeuble ou le jugement d'adjudi-*

dication purgeait, indépendamment de la transcription, les hypothèques et privilèges non inscrits, acquis du chef du précédent propriétaire.

On sait que le code civil avait maintenu la nécessité de la transcription pour les aliénations à titre gratuit d'immeubles susceptibles d'hpothèques : il résulte en effet de l'art. 939 que la donation d'un semblable immeuble ne devient efficace à l'égard des tiers que par la transcription. Les créanciers, ayant privilège ou hypothèque sur l'immeuble du chef du donateur, pouvaient donc utilement s'inscrire jusqu'à la transcription de la donation. Pour ce cas particulier, le système de la loi de brumaire se trouvait maintenu.

III. *Code de procédure civile.*

1431. Les art. 834 et 835 du C. pr. inaugurèrent un système tout à fait nouveau en cette matière. L'aliénation volontaire d'un immeuble ne suffit plus, comme sous l'empire du code civil, pour arrêter le cours des inscriptions des hypothèques ou des privilèges acquis du chef de l'aliénateur; la transcription elle-même n'a pas la vertu de produire ce résultat : elle sert de point de départ à un délai de quinzaine, pendant lequel les créanciers, ayant privilège ou hypothèque du chef des précédents propriétaires, peuvent utilement s'inscrire. — La transcription paraît être dans ce système une sorte de mise en demeure, adressée aux créanciers, de s'inscrire dans le délai de quinzaine, à peine de déchéance. Seulement il y a ceci de particulier, que la mise en demeure n'est pas notifiée aux intéressés et qu'ils peuvent fort bien n'en pas avoir connaissance. La formule suivante, que nous calquons sur les précédentes, résume ce système du code de procédure civile : *Les hypothèques et privilèges non inscrits, acquis du chef des précédents propriétaires, sont purgés par l'expiration d'un délai de quinzaine à dater de la transcription de l'acte d'aliénation.*

Nous reproduisons ici le texte des art. 834 et 835 du code de procédure civile.

Art. 834. *Les créanciers qui, ayant une hypothèque aux termes des articles* 2123, 2127 *et* 2128 *du Code civil, n'auront pas fait inscrire leurs titres antérieurement aux aliénations qui seront faites à l'avenir des immeubles hypothéqués, ne seront reçus à requérir la mise aux enchères, conformément aux dispositions du chapitre VIII, titre XVIII du livre III du Code civil, qu'en justifiant de l'inscription qu'ils auront prise depuis l'acte translatif de propriété, et au plus tard dans la quinzaine de la transcription de cet acte. — Il en sera de même à l'égard des créanciers ayant privilège sur des immeubles, sans préjudice des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers, des articles* 2108 *et* 2109 *du Code civil.*

Art. 835. *Dans le cas de l'article précédent, le nouveau propriétaire n'est pas tenu de faire aux créanciers, dont l'inscription n'est pas antérieure à la transcription de l'acte, les significations prescrites par les articles* 2183 *et* 2184 *du code civil; et dans tous les cas, faute par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrits, le nouveau propriétaire n'est tenu que du paiement du prix conformément à l'article* 2186 *du Code civil.*

IV. *Loi du* 23 *mars* 1855.

1432. Cette loi, qui nous régit actuellement, abroge les art. 834 et 835 du C. pr., et revient au système de la loi de brumaire. Aujourd'hui donc la transcription arrête le cours des inscriptions des privilèges et hypothèques procédant du chef du précédent propriétaire. Nous reproduisons l'art. 6 al. 1 de la loi, qui consacre ce principe : « *A partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des articles* 2123, 2127 *et* 2128 *du Code Napoléon, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire* ».

La règle comprend les créanciers privilégiés et les créanciers hypothécaires ; mais elle ne les comprend pas tous, ainsi que nous allons le voir en nous occupant successivement des uns et des autres.

1. *Créanciers hypothécaires.*

1433. L'article précité ne vise que les créanciers ayant hypothèque aux termes des art. 2123, 2127 et 2128, c'est-à-dire les créanciers ayant une hypothèque judiciaire ou une hypothèque conventionnelle ; il laisse par conséquent en dehors de sa disposition les créanciers à hypothèque légale (art. 2121). Ces derniers sont l'objet d'une disposition de faveur : ils ne sont pas soumis à la règle, d'après laquelle la transcription arrête le cours des inscriptions ; ils peuvent donc utilement s'inscrire même après la transcription de l'aliénation consentie par le débiteur.

Toutefois le législateur se trouve avoir ainsi établi, par voie de prétérition, une exception beaucoup plus large qu'il ne le voulait, et il faut la restreindre aux limites qu'il lui assignait certainement dans sa pensée. En effet, dans sa généralité, l'exception comprendrait toutes les hypothèques légales indistinctement, donc non seulement celles qui sont dispensées d'inscription, c'est-à-dire les hypothèques des femmes mariées, des mineurs et des interdits, mais aussi celles qui demeurent soumises à cette formalité, notamment l'hypothèque légale des légataires (art. 1017) et celle de l'Etat, des communes et des établissements publics (art. 2121-3°). Or, si l'exception a une raison d'être à l'égard des premières, que la loi entoure d'une faveur particulière, il serait impossible de la justifier en ce qui concerne les autres. Très certainement les seules hypothèques, auxquelles le législateur songeait, quand il a établi l'exception qui nous occupe, sont celles des mineurs, interdits et femmes mariées. Les autres hypothèques légales demeureront donc soumises à la règle, bien qu'elles paraissent comprises dans l'exception : elles ne doivent pas bénéficier d'un vice de rédaction, qui a défiguré la pensée du législateur.

1434. Maintenant, en tant qu'elle s'applique aux hypothèques légales des

mineurs, interdits et femmes mariées, l'exception a besoin d'être précisée. Le défaut d'inscription, à une époque antérieure à la transcription de l'acte d'aliénation, n'empêchera pas le créancier, auquel appartient l'une de ces hypothèques privilégiées, d'exercer son droit de suite, mais à la condition bien entendu que l'hypothèque légale existât et qu'elle eût pris rang à une époque antérieure à la transcription de l'acte d'aliénation ; car autrement, le bien étant sorti du patrimoine du débiteur alors que l'hypothèque ne s'était pas encore imprimée sur lui, il est clair que l'acquéreur ne saurait être inquiété. Ainsi un mineur ne pourra pas exercer son droit de suite sur un immeuble, dont son tuteur a cessé d'être propriétaire par une aliénation transcrite avant son entrée en gestion ; en effet c'est seulement à cette date que l'hypothèque légale a existé et pris son rang. De même, une femme mariée ne peut pas, pour le remploi du prix de son propre aliéné, exercer son hypothèque légale contre l'acquéreur d'un immeuble de son mari, dont le droit résulte d'un titre transcrit avant l'aliénation du propre. C'est seulement à dater de l'aliénation que l'hypothèque de la femme a pris son rang ; auparavant elle n'existait même pas, puisque le droit de créance n'était pas né ; comment donc la femme pourrait-elle prétendre exercer son droit de suite sur un immeuble, que son hypothèque n'a jamais grevé, puisqu'il avait cessé d'appartenir à son mari à l'époque où l'hypothèque a pris naissance ?

Rappelons qu'aux termes de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit doivent être inscrites dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. A défaut de quoi, le droit commun leur devient applicable tant au point de vue du droit de suite qu'à celui du droit de préférence.

2. *Créanciers privilégiés.*

1435. En principe, tout privilège sur un immeuble ne peut être utilement inscrit que jusqu'à la transcription de l'acte constatant l'aliénation dont l'immeuble a été l'objet.

Cette règle s'applique sans difficulté aux privilèges généraux de l'art. 2101, en tant qu'ils grèvent exceptionnellement les immeubles ; l'art. 2107 ne les dispense de l'inscription qu'au point de vue du droit de préférence, ainsi que le prouve la place de cet article.

Elle s'applique aussi au privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers.

Il n'y a difficulté que sur le point de savoir s'il suffit que le premier procès-verbal, exigé par l'art. 2103, soit inscrit avant la transcription de l'acte d'aliénation de l'immeuble, ou si l'inscription du deuxième est en outre nécessaire. Nous ne faisons qu'indiquer la question.

Quant au privilège de séparation des patrimoines, en supposant qu'il soit armé du droit de suite, il rentre certainement dans la règle formulée par l'art. 6 : il ne peut donc être opposé à un acquéreur, qui a transcrit son titre, qu'à la condition d'être inscrit antérieurement à la transcription. L'art. 2111, qui accorde un délai de six mois pour l'inscription, n'est relatif qu'au droit de préférence, non au droit de suite. — La question ne se présente pas pour ceux qui considèrent le privilège de séparation des patrimoines comme ne conférant pas le droit de suite.

1436. Double exception à la règle. — Après avoir formulé la règle que nous venons de développer, l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 y apporte une double exception dans son alinéa 2, ainsi conçu : « *Néan-*

» *moins, le vendeur ou le copartageant peuvent utilement inscrire les pri-*
» *vilèges à eux conférés par les articles* 2108 *et* 2109 *du Code Napoléon*
» *dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobs-*
» *tant toute transcription d'actes faits dans ce délai. Les articles* 834 *et*
» 835 *du Code de procédure civile sont abrogés* ».

Etudions successivement la situation, que cette disposition exceptionnelle établit au profit du vendeur et au profit du copartageant quant au droit de suite résultant de leur privilège.

1437. Première exception. — *Privilège du vendeur.* Je vous vends un immeuble à crédit; la transcription de l'acte qui constate cette vente n'étant pas encore effectuée et mon privilège de vendeur n'étant pas encore inscrit, vous revendez le même immeuble à *Primus,* qui fait transcrire immédiatement son titre. Cette transcription conserve le privilège que la seconde vente a engendré à votre profit; conservera-t-elle aussi le privilège résultant en ma faveur de la première vente? Evidemment non; car le titre transcrit ne révèle pas l'existence de cette vente, ni par suite du privilège qu'elle a fait naître en ma faveur.

Non seulement la transcription, effectuée par le sous-acquéreur *Primus,* ne conserve pas mon privilège; mais elle devrait me le faire perdre, d'après la règle que nous avons ainsi formulée : *La transcription purge tous les privilèges non inscrits, procédant du chef du précédent propriétaire.* Cette application de la règle a été trouvée trop rigoureuse pour le cas où il s'est écoulé un court délai entre la première vente et la transcription de la seconde. Aussi l'alinéa 2 de l'art. 6 précité dispose-t-il que je pourrai utilement inscrire mon privilège, malgré la transcription faite par le sous-acquéreur *Primus,* s'il ne s'est pas encore écoulé quarante-cinq jours à dater de la vente par moi consentie ou plutôt à compter de la date de l'acte qui constate cette vente. La règle ne s'appliquera donc, c'est-à-dire que mon privilège ne sera perdu, que si j'ai laissé passer le délai de quarante-cinq jours sans inscrire mon privilège.

Ainsi, appliquée au privilège du vendeur, la règle, formulée par l'art. 6 al. 1, aurait conduit à décider que, dans le cas de deux ventes successives du même immeuble, la transcription de la seconde, effectuée avant que le premier vendeur ait rempli la formalité prescrite pour la conservation de son privilège (inscription ou transcription), entraîne la perte de ce privilège. Par dérogation à cette règle, le premier vendeur est admis à inscrire utilement son privilège malgré la transcription du titre du sous-acquéreur, s'il est encore dans les quarante-cinq jours de la date de son contrat. Prise dans ce délai, l'inscription du premier vendeur rétroagit au jour de la vente. La loi n'a pas voulu que le vendeur d'un immeuble pût être surpris par l'effet

foudroyant de la transcription, opérée par un sous-acquéreur avant qu'il ait eu le temps de se mettre lui-même en règle. Autrement il eût été victime d'une fraude trop facile à commettre. — Si le vendeur n'a pas mis à profit le délai de quarante-cinq jours, le droit commun lui devient applicable ; son privilège est purgé par la transcription.

1438. La disposition que nous venons d'analyser suggère au jurisconsulte un double conseil, l'un à l'adresse des vendeurs, l'autre à l'adresse des acquéreurs d'immeubles.

Conseil aux vendeurs d'immeubles. Le vendeur d'un immeuble ne doit pas laisser passer le délai de quarante-cinq jours à compter de la date de l'acte de vente, sans faire inscrire son privilège (à moins, comme nous le dirons tout à l'heure, que le titre n'ait été transcrit, car la transcription vaut inscription). Autrement il s'exposerait à perdre son privilège par suite de la transcription effectuée par un sous-acquéreur.

Conseil aux acheteurs d'immeubles. Celui qui achète un immeuble fera bien de ne pas payer son prix, avant d'avoir fait transcrire son titre et de s'être assuré qu'il n'existe à ce moment aucune transcription faite par un autre acquéreur ; autrement il s'exposerait à être évincé, et pourrait n'avoir qu'un recours illusoire contre un vendeur insolvable. En outre, l'acquéreur d'un immeuble agira prudemment en consultant, avant de payer son prix, les titres de propriété de son vendeur. S'il résulte de cet examen que le vendeur a lui-même acheté à une époque récente (depuis moins de quarante-cinq jours), l'acquéreur devra se tenir sur ses gardes. Le plus sûr en pareil cas est de ne payer qu'après l'expiration du délai de quarante-cinq jours, vérification préalablement faite du point de savoir si, dans ce délai, le privilège d'un vendeur antérieur ne s'est pas révélé par une inscription ou une transcription.

1439. Terminons sur le privilège du vendeur par quelques observations.

1° Le délai de quarante cinq jours court à compter de la date de l'acte de vente, et non de l'acte de revente.

2° La transcription de l'acte de vente, effectuée dans le délai de quarante-cinq jours, produirait le même résultat que l'inscription, au point de vue de la conservation du privilège du vendeur. L'art. 6, il est vrai, ne parle que de l'inscription ; mais il n'a certes pas abrogé l'art. 2108, aux termes duquel la transcription vaut inscription au profit du vendeur.

3° Le vendeur, inscrit dans le délai de quarante-cinq jours à dater de l'acte de vente, pourrait opposer son privilège aussi bien aux créanciers hypothécaires, inscrits avant lui du chef de l'acheteur, qu'aux sous-acquéreurs. Ainsi l'exige l'esprit bien évident de la loi, et il importe peu que son texte paraisse ne viser que les sous-acquéreurs.

4° Enfin l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 n'est relatif qu'au droit de suite ; la loi tout entière est principalement conçue dans cet ordre d'idées. Le privilège du vendeur demeure donc soumis à la législation antérieure, c'est-à-dire au code civil, en ce qui concerne le droit de préférence. Par conséquent le vendeur sera pleinement sauvegardé

par la transcription de son titre ou par l'inscription de son privilège, effectuée même après l'expiration du délai de quarante-cinq jours, si l'immeuble est encore à ce moment entre les mains de l'acheteur.

1440. Deuxième exception. — *Privilège du copartageant.* Nous avons vu que l'art. 2109 du code civil accorde aux copartageants d'immeubles indivis un délai de soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation, pour inscrire son privilège avec effet rétroactif. Voilà maintenant que l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 parle d'un délai de quarante-cinq jours. Cette disposition abroge-t-elle l'art. 2109 en ce qui concerne la fixation du délai ? Faut-il maintenant lire dans l'art. 2109 *quarante-cinq jours,* au lieu de *soixante jours?* Nous ne le croyons pas. L'art. 2109, ainsi qu'on l'a déjà vu, et la place qu'il occupe suffit à le démontrer, n'a trait qu'au droit de préférence résultant du privilège du copartageant. Au contraire, l'art. 6 de la loi de 1855 envisage exclusivement ce même privilège au point de vue du droit de suite, seul objet des préoccupations de la loi sur la transcription.

Cela posé, l'art. 2109 et l'art. 6 de la loi de 1855 ont chacun leur sphère d'application.

S'agit-il seulement du droit de préférence ? ce qui arrive si l'immeuble grevé du privilège est encore entre les mains du débiteur. On appliquera l'art. 2109 du code civil : les droits du copartageant privilégié seront pleinement sauvegardés par une inscription prise dans les soixante jours à dater de l'acte qui donne naissance au privilège.

S'agit-il au contraire du droit de suite ? l'immeuble grevé du privilège se trouvant entre les mains d'un tiers détenteur. C'est l'art. 6 de la loi de 1855 qui devra être appliqué, et par conséquent l'inscription du privilège ne sauvegardera le copartageant contre un acquéreur, qui a transcrit antérieurement, qu'autant que l'inscription aura été prise dans le délai de quarante-cinq jours.

En d'autres termes, l'inscription, prise dans les quarante-cinq jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation, conserve le privilège du copartageant tant au point de vue du droit de suite qu'au point de vue du droit de préférence. Au contraire l'inscription, prise après l'expiration du délai de quarante-cinq jours de l'art. 6, mais avant l'expiration du délai de soixante jours de l'art. 2109, ou, si l'on veut, l'inscription, prise entre le quarante-cinquième et le soixantième jour depuis le partage où l'adjudication sur licitation, conserve le privilège au point de vue du droit de préférence seulement, mais non au point de vue du droit de suite. Elle sera donc efficace, si l'immeuble grevé du privilège est encore entre les mains du débiteur : le copartageant primera alors tous les créanciers inscrits avant lui du chef de ce débiteur. Elle pourra être efficace aussi, comme nous le verrons bientôt (*infra,* n. 1487), si, l'immeuble étant sorti des mains du débiteur, le prix lui en est encore dû. Mais elle ne permettra pas au créancier d'inquiéter l'acquéreur qui s'est valablement libéré.

§ II. *Comment s'exerce le droit de suite.*

1441. Le droit de suite, nous l'avons déjà dit, se réalise par l'exercice de l'action hypothécaire contre un *tiers détenteur*. Le premier acte de cette procédure est une sommation de payer ou de délaisser, adressée au tiers détenteur; le dernier, une adjudication sur saisie, à la suite de laquelle s'ouvrira un ordre pour la distribution du prix entre les créanciers.

On désigne sous le nom de *tiers détenteur* toute personne qui détient à titre non précaire la totalité ou une partie du fonds grevé du privilège ou de l'hypothèque, sans être obligée personnellement envers le créancier au paiement de la dette, par exemple l'acheteur ou le donataire du fonds : c'est un détenteur *tiers,* c'est-à-dire étranger à la dette. Le tiers détenteur n'est donc pas poursuivi comme débiteur; ce n'est pas lui qui doit, c'est l'immeuble; *res non persona debet.* Si l'immeuble pouvait se défendre, c'est lui que le créancier attaquerait. Comme il faut bien que l'action soit dirigée contre une personne, le créancier agit contre celui qui est naturellement désigné comme représentant de l'immeuble, c'est-à-dire contre le tiers détenteur. Le seul lien qui existe entre lui et le créancier, c'est la détention de l'immeuble : ce qu'on exprime en disant qu'il est tenu *propter rem;* aussi lui suffit-il, comme nous le dirons bientôt, de rompre ce lien (ce qu'il fait en délaissant) pour échapper aux poursuites du créancier.

* Il résulte des explications dans lesquelles nous venons d'entrer, que l'action hypothécaire n'est dirigée contre le tiers détenteur que parce qu'il peut être considéré comme le représentant de l'immeuble. Or il n'a cette qualité que lorsqu'il est propriétaire de l'immeuble, comme il arrive pour l'acquéreur tenant ses droits médiatement ou immédiatement de celui qui a constitué l'hypothèque, à titre de vente, d'échange, de donation... Si l'immeuble est détenu par un possesseur sans titre ou muni d'un titre émané *a non domino,* la poursuite en expropriation sera dirigée contre le véritable propriétaire, en passant par-dessus la tête du possesseur, et sauf à celui-ci à former une demande en distraction, s'il croit pouvoir établir son droit de propriété et par suite la nullité de l'hypothèque (C. pr., art. 725 à 727); ou bien le créancier agira préalablement en revendication contre le possesseur, du chef du constituant (art. 1166), et poursuivra ensuite l'expropriation contre celui-ci.

1442. Tout créancier inscrit peut exercer l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, même celui qui, à raison de son rang d'inscription, devrait être considéré à l'avance comme ne pouvant pas espérer une collocation en ordre utile sur le prix de l'immeuble (art. 2169).

Il en était autrement en droit romain. Le premier créancier, c'est-à-dire celui dont l'hypothèque était la plus ancienne en date (les Romains ne connurent jamais le principe de la publicité), pouvait seul poursuivre l'expropriation de l'immeuble hypothéqué ; son inaction paralysait donc le droit des autres. Cependant tout créancier hypothécaire, qui n'occupait pas le premier rang, pouvait parvenir à provoquer l'expropriation de l'immeuble hypothéqué en usant du *jus offerendi,* qui consistait à *offrir* aux créanciers antérieurs en hypothèque le paiement de leurs créances. Par

le moyen du paiement effectué à la suite de ces offres, qui ne pouvaient être refusées, le créancier était subrogé dans les droits des créanciers antérieurs qu'il avait désintéressés ; il devenait donc maître de la situation : ce qui lui permettait de faire vendre l'immeuble et de se faire payer sur le prix, après s'être remboursé comme subrogé de l'avance faite aux autres créanciers.

Le système adopté par le code civil est bien plus simple. Tout créancier inscrit, quel que soit son rang, fût-il le dernier, peut intenter l'action hypothécaire, sans même avoir besoin de s'adresser à la justice pour faire déclarer l'existence de son droit d'hypothèque. L'action *en déclaration d'hypothèque* avait sa raison d'être dans notre ancien droit, où les hypothèques étaient occultes : il fallait bien que le créancier fît reconnaître l'existence de son droit avant de l'exercer. Elle ne pourrait constituer qu'une superfétation dans un régime hypothécaire, basé, comme le nôtre, sur la publicité.

§ III. *Situation du tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire.*

1443. Le tiers détenteur a été touché par la sommation de payer ou de délaisser, signal des premières hostilités ; quelle va être son attitude ? On peut dire qu'il n'a que l'embarras du choix ; nombreux en effet sont les partis qui s'offrent à lui. Mais ce peut être dans certaines circonstances un embarras fort grave.

Tout d'abord le tiers détenteur peut avoir des exceptions dilatoires à proposer : exception de discussion, exception de garantie.

A défaut de ces exceptions, il devra opter entre le paiement intégral de la dette hypothécaire, la purge ou le délaissement. La première de ces mesures arrêtera nécessairement les poursuites ; la deuxième y mettra fin le plus souvent, mais non toujours ; quant à la troisième, elle détournera l'orage de la tête du tiers détenteur, sans cependant l'empêcher d'éclater.

Si le tiers détenteur ne prend aucun de ces trois partis, la poursuite en expropriation suivra son cours contre lui.

Telles sont les diverses résolutions que peut prendre le tiers détenteur ; il faut les passer successivement en revue.

N° 1. Exceptions que peut opposer le tiers détenteur.

1444. Le tiers détenteur peut avoir, suivant les circonstances, deux exceptions à opposer au créancier, qui exerce contre lui l'action hypothécaire, savoir : l'exception de discussion et l'exception de garantie.

1. *Exception de discussion.*

1445. L'exception ou bénéfice de *discussion* est un tempérament, apporté, dans l'intérêt du tiers détenteur, au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Il faut supposer un créancier ayant une hypothèque générale, c'est-à-dire une hypothèque judiciaire, ou une hypothèque légale de l'art. 2121 ; parmi les immeubles affectés à l'hypothèque, il y en a qui se trouvent entre les mains du débiteur, et d'autres, entre

les mains d'un tiers détenteur; le créancier exerce l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, il lui adresse une sommation de payer toute la dette ou de délaisser les immeubles qu'il détient. C'est incontestablement son droit : le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque lui permet de s'attaquer à toute personne qui détient son gage en tout ou en partie et de lui imposer cette dure alternative : *aut cede aut solve.* Mais le maintien du droit strict du créancier n'aboutit-il pas ici à la consécration d'une iniquité, *summum jus summa injuria?* Est-il juste que le tiers détenteur, qui n'est pas personnellement obligé au paiement de la dette, mais tenu seulement *propter rem,* soit forcé de payer, quand il existe, comme nous le supposons, d'autres immeubles, également affectés à la dette, qui se trouvent entre les mains du débiteur et dont le créancier peut tout aussi bien poursuivre l'expropriation? Le législateur ne l'a pas pensé; aussi autorise-t-il le tiers détenteur à opposer au créancier l'exception de discussion.

L'art. 2170 dit à ce sujet : « *Néanmoins le tiers détenteur qui n'est* » *pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'hé-* » *ritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres* » *immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du princi-* » *pal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable* » *selon la forme réglée au titre* du Cautionnement : *pendant cette dis-* » *cussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué* ».

Les mots qui terminent ce texte nous indiquent que l'exception dont il s'agit est une exception *dilatoire.* Nous en concluons qu'elle doit, comme toutes les exceptions de cette nature, être opposée avant toutes défenses au fond (C. pr., art. 186). *Adde* arg. art. 2022.

1446. Par qui le bénéfice de discussion peut être invoqué. — Le bénéfice de discussion n'est accordé qu'au *tiers détenteur.* Il sera donc refusé au détenteur obligé personnellement au paiement de la dette; car celui-là n'est pas un *tiers détenteur,* c'est-à-dire un détenteur *tiers,* un détenteur étranger à la dette. A quoi lui servirait l'exception de discussion, puisqu'elle ne lui permettrait d'échapper à l'action hypothécaire que pour retomber sous le coup de l'action personnelle, à laquelle il serait tenu de répondre sur tous ses biens, y compris l'immeuble hypothéqué à la dette, qu'il détient.

De là nous concluons que le bénéfice de discussion de l'art. 2170 ne peut pas être invoqué :

1° Par le débiteur de la dette;

2° Par son codébiteur conjoint ou solidaire;

3° Par la caution.

Ce dernier point est contesté; et cependant notre solution se base sur un argument de texte irrésistible. Il est certain que la caution est obligée personnellement au paiement de la dette; donc, si elle détient un immeuble hypothéqué et que le créan-

cier la poursuive par l'action hypothécaire, elle ne pourra pas opposer le bénéfice de discussion, puisqu'il est exclusivement réservé par l'art. 2170 au *tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette.* On trouvera singulier, si l'on veut, que le concours sur une même tête de deux qualités, qui séparément donnent droit chacune au bénéfice de discussion (la qualité de caution et celle de tiers détenteur), puisse avoir pour résultat la privation de ce bénéfice. En législation, il pouvait y avoir de bonnes raisons pour accorder le bénéfice de discussion dans ce cas; mais le texte de la loi le refuse formellement, et par conséquent il faut s'incliner. Nous supposons, bien entendu, que le créancier agit par l'action hypothécaire; s'il agissait par l'action personnelle, la caution pourrait invoquer le bénéfice de discussion de l'art. 2022.

1447. Le débiteur de la dette hypothécaire est mort, laissant plusieurs héritiers; l'un d'eux paie sa part au créancier, qui accepte ce paiement partiel; puis le créancier le poursuit par l'action hypothécaire comme détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette. Peut-il opposer le bénéfice de discussion? Oui; car, ayant payé sa part dans la dette, il n'en est plus tenu personnellement.

Mais supposons que le créancier agisse par l'action hypothécaire contre l'un des héritiers, avant qu'il ait payé sa part dans la dette; cet héritier pourra-t-il offrir le paiement de sa part au créancier, et contraindre celui-ci à le recevoir, pour lui opposer ensuite le bénéfice de discussion en qualité de *tiers détenteur?* Nous ne le pensons pas. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque permet ici au créancier de refuser le paiement partiel qui lui est offert (art. 1221-1°), et ce refus met l'héritier dans l'impossibilité de remplir la condition requise pour opposer le bénéfice de discussion.

Même solution, *mutatis mutandis,* pour le cas où il existe plusieurs codébiteurs conjoints, détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette.

1448. A qui le bénéfice de discussion peut être opposé. — Le bénéfice de discussion, ainsi que nous l'avons fait pressentir, ne peut être opposé qu'au créancier ayant une hypothèque légale de l'art. 2121 ou une hypothèque judiciaire. C'est ce qui résulte par argument *a contrario* de l'art. 2171 : « *L'exception de discussion ne peut être* » *opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'im-* » *meuble* ».

Le bénéfice de discussion ne peut donc pas être opposé :

1° Au créancier privilégié, alors même que son privilège porterait sur la généralité des immeubles du débiteur : ce qu'il est plus facile de constater que d'expliquer.

2° Au créancier ayant une hypothèque conventionnelle; car l'hypothèque conventionnelle est toujours spéciale, et notre article excepte les hypothèques spéciales.

* Nous appliquerions cette solution, même au cas où l'hypothèque conventionnelle porte exceptionnellement sur les biens à venir; elle ne cesse pas d'être spéciale dans ce cas, en ce sens que les immeubles sont spécialement affectés au créancier, au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur, et qu'il doit prendre une inscription spéciale sur chacun de ces biens.

3° Au légataire exerçant l'hypothèque légale de l'art. 1017; car cette hypothèque est spéciale; elle ne porte que sur les immeubles de la succession, non sur les autres immeubles qui appartiennent d'ailleurs aux héritiers.

4° Au créancier ayant une hypothèque judiciaire ou une hypothèque légale de l'art. 2121, qui a été restreinte par la convention des parties; car l'hypothèque est alors devenue conventionnelle et par là même spéciale.

1449. Quels biens le créancier peut être obligé de discuter. — Le tiers détenteur, qui se trouve dans les conditions déterminées par la loi, peut seulement requérir la discussion *des autres immeubles hypothéqués à la même dette, qui se trouvent dans la possession du principal ou des principaux obligés.*

Cette formule, que nous reproduisons presque littéralement des termes de l'art. 2170, exclut de la discussion :

1° Tous les biens meubles ;

2° Tous les immeubles non hypothéqués à la dette ;

3° Tous les immeubles, même hypothéqués à la dette, qui ne sont pas entre les mains du principal ou des principaux obligés.

Ainsi le tiers détenteur ne pourrait pas requérir la discussion des immeubles hypothéqués à la dette, qui se trouvent entre les mains de la caution : on oppose précisément la caution au débiteur principal. A plus forte raison, le tiers détenteur ne pourrait-il pas requérir la discussion des immeubles hypothéqués à la dette, qui se trouveraient entre les mains de celui qu'on appelle quelquefois une *caution réelle*, c'est-à-dire de celui qui a hypothéqué son bien pour la dette d'autrui ; encore bien moins, des immeubles possédés par un autre tiers détenteur.

1450. Forme de la discussion. — La discussion doit être requise, dit l'art. 2170, « *selon la forme réglée au titre* du Cautionnement ». Cette disposition rend très certainement applicables en notre matière les art. 2022 et 2023 al. 1. Mais il est beaucoup plus douteux qu'il faille appliquer l'art. 2023 al. 2, dont l'objet est de déterminer quels sont les biens que la caution peut indiquer comme devant être discutés ; ce n'est plus là une question de forme.

2. *Exception de garantie.*

1451. L'action hypothécaire tend à évincer le tiers détenteur, car elle aboutit à son expropriation. Or qui doit garantir ne peut évincer. L'action hypothécaire pourra donc être paralysée par l'exception de garantie, si le créancier qui l'exerce est tenu personnellement à la garantie envers le tiers détenteur, par exemple en qualité d'héritier du vendeur de l'immeuble. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

3. *Exceptions supprimées.*

* **1452.** Notre ancien droit admettait d'autres exceptions au profit du tiers détenteur. Le code civil les a supprimées, par cela seul qu'il ne les a pas consacrées par un texte formel. Nous n'en dirons que quelques mots.

1° *Exception de priorité.* Elle permettait au tiers détenteur de paralyser l'action hypothécaire, lorsqu'il avait lui-même sur l'immeuble une hypothèque préférable à celle du créancier qui exerçait contre lui l'action hypothécaire. Celui-ci n'avait qu'un moyen d'échapper aux conséquences de cette exception : c'était de payer le tiers détenteur. Il était alors subrogé dans les droits de ce dernier, et pouvait suivre l'action hypothécaire pour obtenir à la fois le remboursement de ce qu'il avait payé au tiers détenteur et le paiement de sa propre créance.

2° *Exception de cession d'actions.* Notre ancien droit autorisait le tiers détenteur, qui payait en cette qualité la dette hypothécaire, à se faire subroger dans les droits du créancier. L'exception *cedendarum actionum* servait de sanction à ce droit. Le

tiers détenteur était admis à l'opposer au créancier exerçant contre lui l'action hypothécaire, lorsque ce dernier avait rendu la subrogation impossible, ou porté atteinte à son efficacité, par exemple en renonçant aux autres sûretés attachées à la créance.

Le code civil accorde l'exception *cedendarum actionum* à la caution (*supra*, n. 979) ; il la refuse au tiers détenteur. Cette différence s'explique aisément. Il est intervenu un contrat entre le créancier et la caution : en s'obligeant à payer pour le cas où le débiteur ne le ferait pas, la caution a certainement pris en considération les autres sûretés attachées à la créance ; elle a compté sur la subrogation dans ces sûretés, pour assurer l'efficacité de son recours, au cas où elle serait forcée de payer ; le créancier n'a pas le droit de les lui ravir ; il s'est obligé implicitement à les lui réserver. S'il manque à cette loi tacite du contrat, il est tout simple que son recours contre la caution puisse être repoussé ; de là l'exception de cession d'actions, qui n'est qu'une exception *non adimpleti contractus*. Autre est la situation respective du tiers détenteur et du créancier hypothécaire : celui-ci n'a pas contracté avec le tiers détenteur ; comment pourrait-il donc se voir opposer une exception, qui a son fondement dans un contrat non exécuté ?

3° *Exception pour raison d'impenses*. Le tiers détenteur, qui avait fait sur le fonds hypothéqué des impenses dont il avait le droit d'exiger la bonification, pouvait paralyser l'action hypothécaire intentée contre lui par l'exception qui nous occupe. Cela revenait en somme à accorder au tiers détenteur le droit de rétention sur le fonds pour le remboursement de ses impenses. On reconnaît généralement qu'en l'absence d'un texte il ne saurait se prévaloir aujourd'hui de ce droit.

N° 2. Divers moyens à l'aide desquels le tiers détenteur peut conjurer l'expropriation ou se soustraire personnellement aux poursuites.

1453. Nous allons supposer maintenant que le tiers détenteur n'a pas d'exception à opposer au créancier hypothécaire qui lui a adressé la sommation de payer ou de délaisser, ou, s'il en avait, qu'il les a opposées sans succès. L'issue des poursuites, commencées par le créancier hypothécaire, dépend dans une certaine mesure de la résolution que prendra le tiers détenteur : nous savons qu'il peut payer, purger ou délaisser ; s'il ne prend aucun de ces partis, l'action hypothécaire suivra son cours contre lui.

I. *Paiement.*

1454. « *Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront* » *ci-après établies, pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul* » *des inscriptions, obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothé-* » *caires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire* » (art. 2167).

« *Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les* » *intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter,* » *ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve* » (art. 2168).

Le principe, dont ces articles font l'application, peut être formulé dans les termes suivants : Pour échapper à l'étreinte de l'action hypothécaire, le tiers détenteur doit payer tout ce que le créancier peut

poursuivre hypothécairement; mais il n'est pas tenu de payer davantage. — Il doit payer tout ce qui est dû hypothécairement, parce que, l'hypothèque étant indivisible, le créancier conserve le droit de poursuivre l'expropriation de son gage, tant que l'hypothèque n'est pas éteinte par le paiement intégral de la créance qu'elle garantit. — Le tiers détenteur n'est pas tenu de payer davantage; car il n'est lié que par un lien réel. Ce lien étant rompu par l'extinction de l'hypothèque, conséquence du paiement de la dette hypothécaire, le créancier n'a plus rien à lui demander.

L'application de notre principe au *capital* de la dette hypothécaire n'offre pas de difficulté.

Le tiers détenteur doit payer aussi les *frais;* car ils sont dus hypothécairement comme accessoire de la dette.

Quant aux *intérêts,* le tiers détenteur n'est tenu de payer que ceux conservés par l'inscription prise pour la créance (deux années et l'année courante), outre ceux qui auraient été conservés par des inscriptions spéciales prises avant la transcription de son titre; cela seul en effet peut être poursuivi hypothécairement par le créancier. Pour le surplus des intérêts qui lui seraient dus, le créancier a bien une créance hypothécaire, mais une créance non inscrite, ou inscrite dans des conditions qui ne permettent pas de l'opposer au tiers détenteur; le créancier n'en peut donc pas poursuivre le paiement par l'action hypothécaire, et par suite le tiers détenteur n'est pas obligé de le payer pour échapper à cette action. Cette solution n'est pas contredite par l'art. 2168, qui dispose que le tiers détenteur doit payer *tous les intérêts..., à quelque somme qu'ils puissent monter.* Ces expressions doivent être entendues *secundum subjectam materiam,* c'est-à-dire comme se référant seulement aux intérêts conservés par l'inscription. L'interprétation contraire aboutirait d'ailleurs à mettre l'art. 2168 en contradiction avec l'art. 2167.

Le tiers détenteur, qui se résigne à payer intégralement la dette hypothécaire, *jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire* (art. 2167), même du délai de grâce que le débiteur aurait obtenu; car le texte ne distingue pas. En revanche, le créancier pourrait se prévaloir contre le tiers détenteur de la déchéance du terme, que le débiteur aurait subie pour l'une des causes indiquées en l'art. 1188. L'art. 2168 dit de la façon la plus générale que le tiers détenteur est tenu, pour échapper à l'action hypothécaire, de payer tous les intérêts et capitaux *exigibles,* sans distinguer quelle est la cause qui a donné lieu à l'exigibilité.

1455. Le paiement intégral de la dette hypothécaire est en principe facultatif pour le tiers détenteur. Ce parti est indiqué d'avance, lorsque les charges hypothécaires sont inférieures au prix d'acquisition ou à la partie de ce prix dont le tiers détenteur est encore débiteur; il se libère en effet d'autant envers son vendeur, en payant les dettes auxquelles l'immeuble vendu était affecté au moment de son acquisition. Même lorsque le montant des charges dépasse son prix d'acquisition, le tiers détenteur peut encore avoir intérêt à payer intégralement, si l'aliénateur est d'une solvabilité non douteuse, auquel cas le recours en garantie exercé contre lui sera certainement efficace, ou si le remboursement des fonds avancés paraît assuré par l'effet de la subrogation résultant de l'art. 1251-2°.

* **1456.** Le tiers détenteur, qui se bornerait à payer, suivant l'ordre des préférences, les charges hypothécaires dont l'immeuble est grevé, dans la mesure de son prix d'acquisition, n'aurait pas la certitude d'échapper aux poursuites hypothécaires. Il n'est pas impossible cependant qu'il obtienne ce résultat, lorsque son prix d'acquisition est sensiblement égal à la véritable valeur de l'immeuble. En pareil cas, les créanciers non payés ne se hasarderont guère à saisir l'immeuble pour en provoquer la vente aux enchères. Le prix d'adjudication serait probablement moindre que celui payé par le tiers détenteur ; et, comme ce prix sera tout d'abord employé à rembourser le tiers détenteur, subrogé en vertu de l'art. 1251-2° aux créanciers qu'il a payés, il en résulte que la mise aux enchères aurait été requise en pure perte.

II. *Purge.*

1457. Le tiers détenteur, qui trouve trop lourd le paiement intégral des charges hypothécaires, peut purger. L'art. 2179 dit à ce sujet : » *Le tiers détenteur qui veut purger sa propriété, en payant le prix,* » *observe les formalités qui sont établies dans le chapitre VIII du pré-* » *sent titre* ». Il serait prématuré de nous étendre ici sur la *purge* ou *purgement,* dont nous traiterons avec détails en son temps. Nous n'en dirons qu'un mot, pour en donner une idée succincte. Le tiers détenteur qui veut purger offre aux créanciers inscrits une certaine somme, ordinairement égale à son prix d'acquisition. Si les créanciers acceptent cette offre, le prix de l'immeuble demeure définitivement fixé à la somme offerte, qui est payée aux divers ayant droit par ordre d'hypothèques; et, ce paiement une fois fait, l'immeuble est purgé de toutes les hypothèques qui le grèvent. Si les offres du tiers détenteur ne sont pas acceptées par tous les créanciers, l'immeuble est vendu aux enchères publiques, et il est acquis franc de toutes charges à l'adjudicataire, sous la condition qu'il paiera son prix aux ayant droit ou qu'il le consignera.

III. *Délaissement.*

1458. Le tiers détenteur n'est tenu envers les créanciers hypothécaires qu'à raison de sa détention; car ce n'est pas lui qui doit, c'est l'immeuble, *res non persona debet.* Il cessera donc d'être tenu, s'il cesse de détenir l'immeuble : c'est précisément ce qu'il fait en le délaissant.

Le but principal du délaissement est de préserver le crédit du tiers détenteur de l'atteinte, que pourrait lui porter une poursuite en expropriation dirigée contre sa personne. Sans doute, ce n'est pas sur lui que doit retomber l'induction fâheuse résultant de cette poursuite ; car elle n'est pas occasionnée par une dette qui lui soit personnelle. Mais le public pourrait s'y tromper : voyant le nom du tiers détenteur figurer sur les affiches, beaucoup croiraient que c'est lui qui est au dessous de ses affaires. Sans parler des insinuations perfides de la malveillance! — Le délaissement n'intéresse pas seulement le crédit du tiers détenteur, il intéresse aussi son repos et sa tranquillité : en délaissant, il se

soustraira aux embarras et aux soucis d'une longue procédure; il se déchargera en outre de l'administration de l'immeuble hypothéqué et de la responsabilité qu'elle peut engendrer.

Le délaissement a pour conséquence la nomination d'un curateur à l'immeuble délaissé. C'est lui qui représentera désormais l'immeuble, activement et passivement; la charge de l'administration lui est confiée, et c'est contre lui qu'est suivie la procédure en expropriation.

1459. Nature du délaissement. — Le tiers détenteur, qui délaisse l'immeuble hypothéqué, n'en abandonne pas la propriété; nous en trouverons la preuve certaine dans l'art. 2173. Telle était aussi l'ancienne doctrine. « *Le délai,* dit Pothier, n'est que de la possession, et n'exproprie pas celui qui l'a fait jusqu'à l'adjudication ».

Loyseau, qui a écrit un traité spécial sur la matière, intitulé *Du déguerpissement,* paraît considérer le délaissement comme n'étant même pas un abandon de la *possession,* mais seulement de la simple *détention et occupation.* D'après cette vue, que nous croyons exacte, le tiers détenteur, qui a délaissé, demeure, non seulement propriétaire, mais encore possesseur jusqu'à l'adjudication. Il en résulte notamment que la prescription continue à courir pour son compte, et qu'il a le droit de l'invoquer plus tard, s'il use de la faculté, que la loi lui accorde, de reprendre l'immeuble avant l'adjudication, en payant toute la dette et les frais (art. 2173).

Du principe que le délaissement ne fait pas perdre au tiers détenteur la propriété de l'immeuble délaissé, résultent toute une série de conséquences, et particulièrement les suivantes.

1° Le délaissement est assujetti à un droit fixe de 5 fr. (loi du 22 frimaire an VII, art. 68 § 4), et non à un droit proportionnel de mutation.

2° Si l'immeuble délaissé périt par cas fortuit avant l'adjudication, la perte est pour le tiers détenteur, qui n'est pas libéré de l'obligation de payer le prix dont il se trouverait encore débiteur.

3° Si l'adjudication a lieu pour un prix supérieur au montant des charges hypothécaires dont l'immeuble est grevé, l'excédent appartient au tiers détenteur qui a fait le délaissement; car c'est son bien qui a été vendu, et par conséquent toute la partie du prix, que les charges hypothécaires n'absorbent pas, doit lui revenir.

4° Les hypothèques, constituées par le tiers détenteur sur l'immeuble délaissé, même après le délaissement, sont valables, et les créanciers au profit desquels elles ont été consenties viennent à leur rang sur le prix d'adjudication. C'est ce que dit l'art. 2177 al. 2 : « *Ses » créanciers personnels, après tous ceux qui sont inscrits sur les précé- » dents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang, sur le bien » délaissé ou adjugé* ».

5° « *Le délaissement n'empêche pas que, jusqu'à l'adjudication, le tiers » détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en payant toute la dette et » les frais* » (art. 2173, 2e partie).

Il est facile de reconnaître l'origine du texte que nous venons de transcrire, dans le passage suivant de Pothier, que nous avons déjà reproduit en partie : « Le délai n'est que de la possession, et n'exproprie pas celui qui l'a fait jusqu'à l'adjudication : *il est toujours, jusqu'à ce temps, en son pouvoir de conserver l'héritage qu'il a délaissé, en payant les dettes pour lesquelles il est hypothequé, et tous les frais* » (Traité de l'hypothèque, chap. II, section I, art. 3). L'art. 2173 *in fine* est la reproduction presque littérale du passage que nous venons de souligner. En consacrant la conséquence, notre législateur a consacré implicitement le principe auquel Pothier la rattache ; nous ne comprenons guère qu'on l'ait contesté.

1460. Conditions requises pour que le délaissement puisse être effectué. — L'art. 2172 en exige deux, que nous allons étudier successivement : « *Quant au délaissement par hypothèque, il peut être » fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obli- » gés à la dette, et qui ont la capacité d'aliéner* ».

1461. Première condition. *Il faut que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette.* En effet le délaissement a pour but d'empêcher la poursuite en expropriation d'être suivie contre la personne du délaissant; or il ne pourrait pas procurer cet avantage au détenteur personnellement obligé à la dette, puisqu'il ne le ferait échapper à l'action hypothécaire que pour le laisser retomber sous le coup de l'action personnelle, à laquelle il serait obligé de répondre sur tous ses biens, y compris celui qu'il aurait délaissé.

La condition qui nous occupe est requise aussi pour que le tiers détenteur puisse opposer le bénéfice de discussion. Dans l'un et l'autre cas, la loi la formule en termes identiques; cpr. art. 2170 et 2172; les conséquences doivent donc être semblables. Nous en concluons que le délaissement ne peut pas être effectué :

1° Par le débiteur de la dette. Ainsi l'acheteur d'un immeuble ne pourrait pas le délaisser pour échapper à l'action du vendeur, poursuivant l'expropriation de l'immeuble pour exercer son privilège sur le prix;

2° Par un codébiteur conjoint ou solidaire;

3° Par la caution;

4° Par les héritiers de l'une des personnes ci-dessus.

S'il y a plusieurs héritiers, et que l'un d'eux ait payé sa part dans la dette au créancier, qui a accepté ce paiement partiel, cet héritier n'est plus tenu personnellement de la dette, et par suite il pourra délaisser l'immeuble hypothéqué, dont il est détenteur, pour échapper à l'action hypothécaire. Mais un héritier ne pourrait pas forcer le créancier à recevoir le paiement de sa part dans la dette, pour se prévaloir ensuite de la qualité de tiers détenteur et délaisser. Cpr. *supra*, n. 1447.

1462. Le tiers détenteur ne peut plus délaisser, s'il s'est obligé envers les créanciers hypothécaires à payer entre leurs mains son prix d'acquisition, ou s'il a fait des offres à fin de purge, qui ont été acceptées expressément ou tacitement. Dans l'un et l'autre cas, il est obligé personnellement.

La reconnaissance volontaire ou judiciaire de l'existence de l'hypothèque, ou même de l'obligation hypothécaire, n'engendre pas à la charge du tiers détenteur

d'obligation personnelle au paiement de la dette, et ne le prive pas par suite de la faculté de délaisser. C'est ce qu'a voulu dire l'art. 2173, 1re partie : « *Il [le délaissement] peut l'être [être fait] même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité seulement* ». Voici de quoi il s'agit. L'hypothèque qui grève l'immeuble est sur le point de s'éteindre par la prescription ; dans le but de l'interrompre, le créancier hypothécaire, qui ne peut pas, on le suppose, procéder par voie de saisie, parce que sa créance n'est pas exigible, agit contre le tiers détenteur en reconnaissance d'hypothèque. Si le tiers détenteur reconnaît volontairement les droits du créancier hypothécaire, ou si, ayant contesté, il succombe dans la lutte judiciaire que le créancier a engagée contre lui, il ne deviendra pas pour cela débiteur personnel de la dette et ne sera pas privé de la faculté de délaisser. Les mots *reconnu l'obligation* (il aurait peut-être mieux valu dire *l'hypothèque*) font allusion à la reconnaissance volontaire du tiers détenteur ; les mots *subi condamnation en cette qualité seulement,* à la reconnaissance judiciaire ou forcée.

* Peut être aussi le législateur songeait-il, en écrivant le texte que nous expliquons, au cas où le tiers détenteur, ayant intenté une action en justice pour faire ordonner la radiation de l'inscription hypothécaire qui grève l'immeuble, succombe dans sa prétention. Le jugement, qui ordonnne ainsi le maintien de l'inscription, ne rend pas le tiers détenteur débiteur personnel de la dette hypothécaire, et ne porte par suite aucune atteinte à son droit de délaisser.

1463. La loi ne dit point jusqu'à quelle époque le tiers détenteur peut délaisser. Nous en concluons qu'il a cette faculté même après la saisie et jusqu'à l'adjudication. Cette solution est contestée ; mais les dissidents ne sont pas d'accord entre eux. D'après les uns, le tiers détenteur ne pourrait pas valablement délaisser après l'expiration du délai de trente jours, qui suit la sommation de payer ou de délaisser (art. 2169); d'autres lui permettent de délaisser jusqu'à la saisie, mais ce serait d'après eux la limite extrême.

1464. Deuxième condition. *Le tiers détenteur doit être capable d'aliéner.* La nécessité de cette condition s'expliquerait facilement, si le délaissement était un acte d'aliénation ; mais nous avons vu qu'il n'a pas ce caractère, et l'art. 2173 *in fine* le prouve à l'évidence. Alors comment se fait-il que la capacité d'aliéner soit requise pour l'accomplir ? Les auteurs disent que, si le délaissement n'est pas un acte d'aliénation, il est un acheminement à l'aliénation ; car la poursuite en expropriation va se continuer contre le curateur à l'immeuble délaissé, et aboutira à une adjudication. Mais est-ce que la procédure en expropriation ne suivra pas également son cours, si le tiers détenteur ne délaisse pas ? Assurément. Alors, en quoi le délaissement est-il un acheminement à l'aliénation ? Le délaissement ne facilite même pas l'expropriation de l'immeuble : il l'entrave plutôt, ou tout au moins il en retarde l'issue, par la nécessité qu'il entraîne de nommer un curateur à l'immeuble délaissé. — Nous renonçons pour notre part à expliquer logiquement l'exigence du législateur à cet endroit.

Quoi qu'il en soit, la condition qui nous occupe est imposée par un texte formel, et il faut en accepter les conséquences. Nous indiquons les principales.

1° Une femme mariée ne peut pas, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, délaisser l'immeuble dont elle est propriétaire (arg. art. 217).

2° La personne pourvue d'un conseil judiciaire a besoin de l'assistance de son conseil pour effectuer le délaissement.

3° Le délaissement par hypothèque ne peut pas être fait par un mineur. Mais son tuteur peut valablement délaisser avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (arg. art. 457 et 458).

4° Le mari peut délaisser sans le concours de sa femme un immeuble dépendant de la communauté (arg. art. 1421).

1465. Remarque. — Un point très important à noter, c'est que le délaissement ne peut jamais être invoqué par un tiers détenteur comme moyen de se soustraire à l'exécution de son contrat ; on le détournerait complètement de son but, en le faisant servir à cet usage. Ainsi, un immeuble grevé d'hypothèques ayant été vendu pour un prix égal ou supérieur au montant des charges hypothécaires, l'acquéreur ne pourra pas, en délaissant, se soustraire à la nécessité de payer son prix entre les mains des créanciers inscrits. En supposant même que le prix soit inférieur au montant des charges inscrites, l'acquéreur pourra encore se voir contraint à l'exécution de son contrat, si les créanciers offrent de s'en contenter, c'est-à-dire s'ils offrent de donner moyennant le paiement de ce prix mainlevée de toutes les hypothèques. Enfin, le délaissement ayant été effectué par l'acheteur sur les poursuites exercées contre lui, le vendeur peut, en dégrevant l'immeuble des hypothèques qui le frappaient, forcer l'acheteur à le reprendre et à payer son prix.

1466. Forme et procédure du délaissement. — Nous nous bornons à reproduire sur ce point l'art. 2174 : « *Le délaissement par » hypothèque se fait au greffe du tribunal de la situation des biens; et » il en est donné acte par ce tribunal. — Sur la pétition du plus diligent » des intéressés, il est créé à l'immeuble délaissé un curateur sur lequel » la vente de l'immeuble est poursuivie dans les formes prescrites pour les » expropriations* ».

N° 3. Poursuite de l'expropriation contre le tiers détenteur.

1467. Nous connaissons les divers moyens que la loi met à la disposition du tiers détenteur, poursuivi par l'action hypothécaire, pour prévenir l'expropriation dont il est menacé, et, s'il ne peut y parvenir, pour dégager sa personne d'une lutte plus menaçante encore pour son crédit que pour son repos et sa tranquillité.

Rappelons-les succinctement.

Le tiers détenteur peut d'abord opposer, s'il y a lieu, l'exception de discussion ou l'exception de garantie. Cette dernière lui procurera immédiatement la paix; car elle dressera devant le créancier poursuivant un obstacle infranchissable. Quant à la première, son effet est plus aléatoire. Tout dépend du résultat de la discussion : si elle procure au créancier un paiement intégral, l'action hypothécaire sera définitivement enrayée ; dans le cas contraire, l'exception aura seulement amené un sursis dans les poursuites en expropriation.

A défaut des exceptions dont nous venons de parler, ou si elles n'ont pas produit le résultat espéré, le tiers détenteur n'a qu'un moyen certain d'arrêter le cours de l'action hypothécaire : c'est de payer intégralement la dette, à laquelle l'immeuble est affecté, en capital, intérêts et frais.

La purge permettra quelquefois d'obtenir le même résultat; mais elle ne le produit pas nécessairement ; car le succès de cette opération est subordonné à l'acceptation par les créanciers inscrits des offres faites par le tiers détenteur.

Enfin, si le tiers détenteur ne peut ou ne veut arrêter l'action par aucun des moyens qui précèdent, la loi lui permet de se dérober par le *délaissement,* et alors la poursuite en expropriation sera suivie contre un curateur à l'immeuble délaissé.

Voilà bien des partis qui s'offrent au choix du tiers détenteur. La sommation de payer ou de délaisser, qui est le prodrome de l'action hypothécaire, le met en demeure d'opter pour celui qu'il trouvera préférable; à cet effet, la loi lui accorde un répit de trente jours (art. 2169). Mais aucun de ces partis n'est obligatoire pour le tiers détenteur, et il fallait prévoir le cas où il ne manifesterait la volonté de s'arrêter à aucun. C'est ce qu'a fait l'art. 2169, dont nous reproduisons le texte : « *Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à* » *l'une de ces obligations* [payer ou délaisser], *chaque créancier hypo-* » *thécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente* » *jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation* » *faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'hé-* » *ritage* ».

Ainsi le tiers détenteur, qui n'obtempère pas à la sommation de payer ou de délaisser, mais se borne à opposer à l'action hypothécaire une résistance purement passive, sans employer aucun des moyens que la loi lui accorde pour l'arrêter ou pour s'y dérober, verra cette action suivre son cours contre lui : l'expropriation sera poursuivie contre sa personne. Il devait nécessairement en être ainsi; autrement le tiers détenteur aurait pu paralyser indéfiniment l'exercice de l'action hypothécaire en usant d'une simple force d'inertie.

1468. La sommation, que le créancier hypothécaire adresse au tiers détenteur pour le mettre en demeure, doit être précédée d'un commandement donné au débiteur. La loi dit *au débiteur* ORIGINAIRE : expression qui a été critiquée avec raison, parce qu'elle semble donner à entendre que le tiers détenteur est lui aussi débiteur de la dette.

Le but du commandement est de mettre le débiteur en demeure de payer. C'est le seul moyen pour lui de conjurer l'expropriation dont le tiers détenteur est menacé et le recours en garantie qui peut en être la conséquence.

Pour faire un commandement, il faut nécessairement un titre exécutoire. Le plus souvent il en existera un au profit du créancier privilégié ou hypothécaire, qui veut poursuivre l'expropriation de l'immeuble affecté à sa créance : telle sera la situation du créancier muni d'une hypothèque judiciaire (tout jugement de condamnation constitue un titre exécutoire) et de celui qui a une hypothèque conventionnelle (arg. art. 2127). Dans les cas où le créancier ne serait pas armé d'un titre exécutoire, par exemple s'il s'agit d'un vendeur dont le privilège résulte d'un acte de vente sous seing privé, ou d'un créancier à hypothèque légale, il devra s'en procurer un en prenant un jugement contre le débiteur.

1469. En résumé, la poursuite en expropriation de l'immeuble hypothéqué doit être précédée d'une double mise en demeure : l'une, adressée, sous forme de commandement, au débiteur, l'autre, sous forme de sommation, au tiers détenteur. Trente jours après, il peut être procédé à la saisie.

Régulièrement, le commandement doit précéder la sommation : la logique conseille cette marche, et c'est celle aussi que paraît indiquer l'art. 2169.

Y aurait-il nullité, si la sommation avait été donnée la première? Il nous paraît difficile de l'admettre, la loi ne formulant pas expressément cette sanction sévère. La question cependant est controversée.

1470. Quel est le point de départ du délai de trente jours, après l'expiration duquel la poursuite en expropriation peut commencer? L'art. 2169 paraît exiger qu'il se soit écoulé trente jours depuis le commandement et depuis la sommation ; il dit en effet : *trente jours après commandement... et sommation...* On doit donc décider que le délai aura pour point de départ celui de ces deux actes qui aura été accompli le dernier.

1471. La loi donne à la sommation, qui doit être adressée au tiers détenteur, le nom de *sommation de payer ou de delaisser* (art. 2169). Or cette locution a suscité d'assez vives critiques. Elle semble, a-t-on dit, présenter le paiement comme obligatoire pour le tiers détenteur et le délaissement comme facultatif, tandis qu'au contraire c'est le délaissement qui est *in obligatione* et le paiement *in facultate solutionis.* Il aurait donc fallu dire *sommation de délaisser ou de payer,* ce qui signifie sommation de délaisser si mieux n'aime le détenteur payer, et non *sommation de payer ou de délaisser,* formule qui renverse l'ordre logique des idées en présentant comme facultatif ce qui est obligatoire et réciproquement. — Jamais critique ne nous a paru moins fondée ; le point de départ est absolument faux. Nous l'avons déjà dit, parmi les divers partis qui s'offrent au tiers détenteur, un seul peut lui être imposé, quand il n'en veut choisir aucun autre : c'est l'expropriation poursuivie contre sa personne. Le délaissement n'est pas plus obligatoire pour lui que le paiement ; cela est certain, quoi que paraisse dire à cet égard l'art. 2168. Alors, si les deux partis, entre lesquels

la sommation adressée au tiers détenteur l'invite à faire son choix, sont facultatifs l'un et l'autre, qu'importe qu'on dise *sommation de payer ou de délaisser,* comme le fait la loi, ou bien *sommation de délaisser ou de payer,* comme le veulent ceux qui la critiquent?

1472. Une petite difficulté naît du rapprochement des art. 2169 et 2183. Le premier fixe à trente jours le délai pendant lequel sera suspendue la poursuite en expropriation, tandis que le second parle d'un délai d'un mois. Or, a-t-on dit, tous les mois n'ont pas trente jours : plusieurs portent trente et un jours ; en sens inverse, le mois de février n'a ordinairement que 28 jours; par conséquent un délai d'un mois n'équivaut pas à un délai de trente jours, et il y a antinomie entre les deux textes précités.— La réponse est bien simple. A l'époque où le code civil a été décrété et promulgué, le calendrier républicain était encore en vigueur; la preuve en est que la loi, qui ordonne la réunion, en un seul corps, des trente six lois dont l'ensemble constitue le code civil, porte la date du 30 ventôse de l'an XII. Or on sait que, dans le calendrier républicain, tous les mois de l'année avaient une même durée, égale à trente jours. Par conséquent, pour le législateur, qui décrétait les art. 2169 et 2183, un mois signifiait trente jours. Les deux textes étaient donc d'accord, et ils n'ont pas cessé de l'être depuis que le calendrier grégorien a remplacé le calendrier républicain (cette substitution a eu lieu à dater du 1er janvier 1806); car, pour déterminer le sens d'un texte, il faut évidemment se reporter à l'état de choses existant à l'époque où il a été écrit.

1473. Le créancier hypothécaire n'est pas obligé de poursuivre l'expropriation de l'immeuble hypothéqué aussitôt après l'expiration du délai de trente jours dont nous venons de parler.

Est-ce à dire qu'il puisse, sans encourir aucune déchéance, surseoir indéfiniment aux poursuites? Non. Il faut savoir à cet égard que le commandement adressé au débiteur se périme par quatre-vingt-dix jours (arg. art. 674 C. pr.), et la sommation donnée au tiers détenteur, par trois ans (arg. art. 2176). Dans l'un et l'autre cas, la péremption s'accomplit de plein droit par l'expiration du délai fixé. Si donc le créancier a laissé passer plus de quatre-vingt-dix jours à compter du commandement, sans procéder à la saisie de l'immeuble, il ne pourra la requérir qu'en réitérant le commandement (v. cependant, Cass., 17 mars 1886, Sir., 86. 1. 207); et, s'il a laissé passer plus de trois ans à dater de la sommation de payer ou de délaisser, il devra faire un nouveau commandement et une nouvelle sommation.

§ IV. *Règles communes au délaissement et à l'expropriation.*

1474. Nous comprenons sous ce titre toutes les règles contenues dans les art. 2175 à 2178. Remarquons toutefois, dès le début, que l'application de ces règles au cas de délaissement suppose que le délaissement est couronné par une adjudication. C'est ce que la loi sous-entend toujours dans les textes dont nous allons fournir l'explication, et c'est en effet ce qui arrive le plus souvent.

N° 1. Comptes à régler entre les créanciers hypothécaires et le tiers détenteur qui a délaissé ou subi l'expropriation

1475. Un règlement de compte peut être nécessaire entre les créanciers hypothécaires et le tiers détenteur, qui a délaissé ou subi l'expropriation, soit à raison des indemnités auxquelles le fait du tiers détenteur peut donner lieu à sa charge ou à son profit, suivant qu'il a

détérioré ou amélioré le fonds hypothéqué, soit à raison des fruits perçus par le tiers détenteur et dont il doit compte aux créanciers.

I. *Règlement des indemnités auxquelles peuvent donner lieu les détériorations ou les améliorations procédant du fait du tiers détenteur.*

1476. « *Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence* » *du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privi-* » *légiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité; mais il ne* » *peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de* » *la plus-value résultant de l'amélioration* » (art. 2175).

La loi parle successivement des détériorations et des améliorations procédant du fait du tiers détenteur.

A. *Détériorations.* Dans notre ancien droit, le tiers détenteur ne devenait responsable envers les créanciers hypothécaires des détériorations provenant de son fait qu'à partir du moment où l'action en déclaration d'hypothèque lui avait fait connaître officiellement les charges dont l'immeuble était grevé. Jusque-là il avait pu les ignorer, car les hypothèques étaient alors occultes, et il bénéficiait de la maxime *Qui quasi suam rem neglexit, nullius querelæ subjectus est.* Le tiers détenteur ne peut plus prétexter de son ignorance dans notre droit actuel, où les charges hypothécaires sont soumises au régime de la publicité. La loi suppose donc qu'il connaît les droits des créanciers hypothécaires, et elle l'oblige à conserver et à respecter leur gage. De là l'action en indemnité qu'elle ouvre contre lui pour les détériorations procédant de son fait ou de sa négligence. L'indemnité, que le tiers détenteur paiera de ce chef, sera distribuée entre les créanciers inscrits, par ordre d'hypothèques : c'est un complément du prix de l'immeuble, en ce sens que, sans les détériorations, le prix d'adjudication aurait été vraisemblablement majoré d'une somme égale au montant de l'indemnité qu'elles ont occasionnée.

D'ailleurs le tiers détenteur, s'il est acheteur, pourra se faire rembourser par son vendeur tout ce qu'il aura été obligé de payer de ce chef aux créanciers hypothécaires (arg. art. 1630 et 1631).

B. *Impenses et améliorations.* Le tiers détenteur ne peut, dit l'art. 2175 *in fine,* déjà cité, *répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration.*

L'application de cette disposition aux impenses *utiles* ou impenses d'amélioration ne souffre pas de difficulté, le droit commun étant précisément qu'elles ne doivent être bonifiées que jusqu'à concurrence de la plus-value qui en résulte.

La même règle s'applique-t-elle aussi aux impenses *nécessaires* ou impenses de *conservation?* A première vue, l'affirmative semble bien résulter du texte : il établit une règle unique, et il l'applique aux *impenses et améliorations;* or le mot *impenses,* s'il a un sens, ne peut faire allusion qu'aux impenses *nécessaires,* autrement il ferait double emploi avec le mot *améliorations.* Les impenses nécessaires ne devraient donc être bonifiées au tiers détenteur que jusqu'à concurrence de la plus-value, et non pour toute la somme déboursée : ce qui conduira souvent à la négation du droit à l'indemnité, les impenses nécessaires ayant ordinairement pour résultat de permettre à la chose de conserver sa valeur, mais non de l'améliorer à proprement parler. Dérogation au droit commun dont il serait difficile de donner une raison satisfaisante.

Aussi quelques auteurs pensent-ils qu'il ne faut pas donner cette portée à l'art. 2175 *in fine,* et que sa disposition doit être restreinte aux impenses d'*amélioration,* les impenses nécessaires ou de conservation demeurant régies par le droit commun,

ainsi que l'enseignait Pothier. On a fait remarquer en ce sens que, si la première partie de la phrase, par laquelle se termine l'art. 2175, paraît annoncer que le législateur s'occupe à la fois des impenses nécessaires et des impenses utiles, la partie finale montre qu'il concentre exclusivement sa pensée sur les impenses utiles : *jusqu'à concurrence de la plus-value* RÉSULTANT DE L'AMÉLIORATION, dit la loi ; donc elle suppose qu'il s'agit d'une impense d'amélioration ou impense utile, et non d'une impense de *conservation* ou impense nécessaire, qui, ainsi que son nom l'indique, conserve souvent sans améliorer. — D'ailleurs, si l'on va au fond des choses, on voit que l'immeuble, auquel a été appliquée une impense de conservation, acquiert ainsi une plus-value égale à sa valeur totale, puisque, sans l'impense, il aurait péri et n'aurait plus aujourd'hui aucune valeur.

La plus-value, produite par l'impense, constitue un *maximum* que l'indemnité ne peut pas dépasser, mais qu'elle ne doit pas nécessairement atteindre. Si la plus-value est supérieure à l'impense, les créanciers ont le droit de ne rembourser que l'impense.

Le droit romain accordait au tiers détenteur un droit de rétention pour assurer le remboursement de ses impenses; allant plus loin encore, notre ancienne jurisprudence lui concéda un privilège. Le silence du code civil doit conduire, ce nous semble, à lui refuser l'une et l'autre garantie. Cpr. *supra,* n. 1054, et *infra,* n. 1542.

II. *Restitution des fruits.*

1477. « *Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers* » *détenteur qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de délais-* » *ser, et, si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois* » *ans, à compter de la nouvelle sommation qui sera faite* » (art. 2176).

Le tiers détenteur, qui a été touché par la sommation de payer ou de délaisser, doit donc désormais mettre en réserve les fruits de l'immeuble hypothéqué qu'il pourra percevoir; car il en devient comptable envers les créanciers inscrits. Ces fruits, en effet, ou plutôt la somme représentative de leur valeur, seront distribués avec le prix de l'immeuble et comme lui entre les créanciers hypothécaires, par ordre d'hypothèques. On exprime cette idée par une formule brève, en disant que la sommation de payer ou de délaisser immobilise les fruits de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette sommation se périme de plein droit par la discontinuation des poursuites pendant trois années; elle cesse donc alors de produire ses effets, et une nouvelle sommation devient nécessaire pour immobiliser les fruits.

* Les auteurs ajoutent que la sommation de payer ou de délaisser rend le tiers détenteur comptable envers les créanciers inscrits des intérêts de son prix, lorsqu'il les doit en vertu de son contrat (voyez Laurent, t. XXXI, n. 313 et les autorités qu'il cite). L'exactitude de cette proposition nous inspire les doutes les plus sérieux. Le tiers détenteur ne doit ni son prix ni les intérêts de ce prix aux créanciers hypothécaires qui poursuivent contre lui l'expropriation ; car il n'a pas contracté avec eux, et n'est pas devenu leur obligé personnel ; à leur égard il n'est tenu que *propter rem,* et par conséquent seulement dans les limites du gage qu'il détient et de ses accessoires, c'est-à-dire des fruits qu'il a produits depuis la sommation, fruits dont la valeur sera souvent inférieure aux intérêts du prix. D'ailleurs, au cas particulier de délaissement, le tiers détenteur cesse de percevoir les fruits de l'immeuble (*supra,*

n. 1458); comment donc, ne recueillant plus les fruits, pourrait-il devoir les intérêts de son prix qui en sont la compensation?

Aux termes de l'art. 682 du code de procédure civile : « Les fruits naturels et » industriels recueillis postérieurement à la transcription, ou le prix qui en provien- » dra, seront immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre » d'hypothèque ». D'après ce texte, c'est la transcription de la saisie qui immobilise les fruits, tandis que l'art. 2176 du code civil attache cet effet à la sommation de payer ou de délaisser. L'antinomie paraît flagrante. — Il est possible cependant de concilier ces deux dispositions, en montrant qu'elles sont écrites en vue d'hypothèses différentes, et qu'elles ont par suite chacune leur sphère d'application. L'art. 2176 suppose l'action hypothécaire exercée contre un tiers détenteur; au contraire l'art. 682 du code de procédure civile, comme le titre tout entier dont il fait partie, suppose une saisie pratiquée contre le débiteur lui-même. Dans le premier cas, les fruits seront immobilisés à dater de la sommation de payer ou de délaisser; dans le deuxième, à compter de la transcription de la saisie. « Cette différence est nécessaire, dit M. Thézard (Privilèges et Hypothèques, n. 184) : quand l'immeuble est saisi sur le débiteur resté propriétaire, les fruits de cet immeuble peuvent être le gage commun de tous les créanciers, y compris les chirographaires; les créanciers hypothécaires n'y acquièrent de droit exclusif que par la transcription de la saisie, qui la rend opposable aux tiers. Dès que l'immeuble, au contraire, est aux mains d'un tiers détenteur, les fruits ne sauraient être le gage des créanciers chirographaires, qui n'ont plus aucun droit sur cet immeuble lui-même; en les déclarant indisponibles à partir de la sommation, il faut les attribuer exclusivement aux créanciers hypothécaires comme l'immeuble lui-même : par conséquent, le prix de ces fruits sera également attribué en entier par la voie de l'ordre, suivant le rang des hypothèques ».

La transcription de la saisie produit un autre effet, qu'il est important de noter : elle met obstacle à la validité des aliénations qui seraient consenties par la partie saisie. C'est ce que dit l'art. 686 du code de procédure civile. Et toutefois l'article suivant indique une restriction à cette règle. Voyez cet article.

N° 2. Cessation des effets de la confusion qui s'était produite dans la personne du tiers détenteur.

1478. « *Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur* » *l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou* » *après l'adjudication faite sur lui* » (art. 2177 al. 1).

Le fonds A, qui m'appartient, jouit d'un droit de servitude sur le fonds B, qui appartient à un propriétaire voisin; j'achète ce dernier. Le fonds dominant et le fonds servant se trouvant ainsi réunis dans la même main, la servitude est éteinte par la confusion (art. 705) : *nemini res sua servit.* Sur les poursuites des créanciers auxquels le fonds B est hypothéqué, je délaisse l'immeuble, ou bien j'en conserve la possession et l'adjudication en est faite sur moi. La loi dit que la servitude éteinte par la confusion renaîtra.

Que la servitude renaisse après l'adjudication, il est assez facile de l'expliquer. La confusion résulte d'un obstacle qui s'oppose à l'exercice du droit; tant que dure cet obstacle, le droit sommeille plutôt qu'il n'est véritablement éteint; il pourra donc se réveiller, si l'obstacle disparaît. C'est ce qui arrive, dans notre espèce, lorsque je cesse d'être propriétaire du fonds B, ce fonds ayant été adjugé à un nouveau pro-

priétaire, sur les poursuites des créanciers : l'obstacle, qui s'opposait à l'exercice de la servitude, a cessé d'exister ; la loi la fait renaître.

Elle la fait renaître aussi au cas de délaissement, et cette fois la décision paraît en désaccord avec les principes qui gouvernent la matière. Le délaissement, nous l'avons dit, et les art. 2173 *in fine* et 2177 al. 2 le prouvent surabondamment, ne fait pas perdre au tiers détenteur la propriété de l'immeuble délaissé. Le délaissant va donc avoir une servitude sur sa propre chose !— Nous convenons qu'au point de vue de l'exactitude juridique la formule de la loi laisse à désirer pour cette hypothèse. La raison s'oppose à ce que l'on puisse avoir un droit de servitude sur son propre bien, *nemini res sua servit.* Vraisemblablement, quand la loi dit que la servitude renaît après le délaissement, elle envisage par anticipation le délaissement comme suivi d'adjudication. Sa pensée est celle-ci : le délaissant peut exercer sur l'immeuble délaissé, bien que le délaissement lui en ait fait perdre la possession ou tout au moins la détention, le droit, qui, aujourd'hui éteint, renaîtra après l'adjudication. Il y avait utilité à s'expliquer sur ce point ; autrement on aurait pu dire au délaissant : « Vous ne pouvez pas exercer *jure servitutis* le droit que vous aviez sur le fonds délaissé avant d'en faire l'acquisition, parce que votre droit de servitude s'est éteint par la confusion ; et vous ne pouvez pas non plus l'exercer *jure dominii,* parce que le délaissement, en vous privant de la détention de l'immeuble, vous a fait perdre l'exercice de votre droit de propriété sur lui ».

La solution, que la loi donne pour le cas où le fonds délaissé par le tiers détenteur ou adjugé sur lui était grevé d'une servitude au profit d'un autre immeuble à lui appartenant, devrait être appliquée par analogie au cas où le rapport qui constitue la servitude existerait en sens inverse. En d'autres termes, les servitudes actives, qui existaient au profit du fonds délaissé ou adjugé, sur un autre immeuble appartenant au tiers détenteur, avant la réunion des deux fonds dans la même main, renaîtraient, pour employer la formule légale, après le délaissement ou l'adjudication.

* **1479.** Ce que la loi dit des servitudes devrait être étendu aux hypothèques, que le tiers détenteur avait sur le fonds avant d'en faire l'acquisition. Ces hypothèques renaîtront donc, après l'adjudication faite sur le tiers détenteur à la requête d'autres créanciers hypothécaires; il sera par suite admis à exercer son droit hypothécaire à son rang, pourvu cependant qu'il n'ait pas laissé périmer son inscription.

* **1480.** Les auteurs ajoutent qu'il faut appliquer aussi par analogie l'art. 2177 al. 1, au cas où le tiers détenteur avait, avant son acquisition, une servitude personnelle sur l'immeuble délaissé ou adjugé; cette servitude renaîtrait donc après le délaissement ou l'adjudication. Ainsi j'achète un immeuble sur lequel j'ai un droit d'usufruit, et mon usufruit s'éteint ainsi par la consolidation; sur la poursuite des créanciers auxquels cet immeuble est hypothéqué, je le délaisse, ou j'en conserve la possession et il est adjugé sur moi. Mon usufruit, éteint par la consolidation, revivra. — Ainsi présentée, la proposition nous paraît contenir une erreur ou tout au moins une confusion. Dans l'espèce proposée, c'est la nue propriété de l'immeuble seulement, qui était hypothéquée avant l'acquisition que j'en ai faite. Cette acquisition, qui éteint mon droit d'usufruit, va-t-elle avoir pour résultat de faire porter l'hypothèque sur la pleine propriété? En d'autres termes, l'extinction de mon droit d'usufruit, résultant de la consolidation, profitera-t-elle aux créanciers ayant hypothèque sur la nue propriété, comme leur aurait profité certainement l'extinction résultant de ma mort? Assurément non, parce que la consolidation, de même que la confusion, dont elle n'est qu'un cas particulier, n'éteint pas le droit d'une manière absolue, mais seulement en tant qu'elle en rend l'exercice impossible et dans les limites de cette impossibilité. Or, s'il y a impossibilité à ce que j'exerce un droit

d'usufruit sur ma propre chose, *nemini res sua servit,* il n'y a nulle impossibilité, dans l'espèce, à ce que mon droit d'usufruit subsiste dans mes rapports avec les créanciers hypothécaires. Leur hypothèque ne portera donc toujours que sur la nue propriété; par conséquent c'est la nue propriété seulement qu'ils pourront faire exproprier, mon droit d'usufruit restant intact. Dans mes rapports avec les créanciers ayant hypothèque sur la nue propriété, mon droit d'usufruit n'a jamais été éteint. Cpr. t. 1, n. 1394.

1481. Le tiers détenteur, qui a délaissé ou subi l'expropriation, ne doit pas être considéré comme un propriétaire dont le titre est résolu: ce qui conduirait à dire que son droit de propriété est rétroactivement anéanti (arg. art. 1183). Le tiers détenteur demeure propriétaire jusqu'à l'adjudication; à ce moment il cesse de l'être pour l'avenir, mais non dans le passé. On en trouve la preuve certaine dans l'art. 2177 al. 2, que nous avons déjà expliqué et duquel il résulte que les hypothèques, consenties par le tiers détenteur, sont valables et viennent à leur rang sur le prix d'adjudication; elles devraient évidemment être déclarées non avenues, si le droit de propriété du tiers détenteur était résolu avec effet rétroactif.

N° 3. Recours du tiers détenteur qui a payé, délaissé ou subi l'expropriation.

1482. « *Le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou* » *délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi l'expropriation de cet immeu-* » *ble, a le recours en garantie, tel que de droit, contre le débiteur prin-* » *cipal* » (art. 2178).

Cet article parle d'un recours en garantie; il sous-entend donc que le titre d'acquisition du tiers détenteur est du nombre de ceux qui donnent naissance à la garantie : ce qui a lieu notamment, lorsqu'il s'agit d'une vente (art. 1603), d'un échange (art. 1707) ou d'une donation faite *dotis causa* (art. 1440).

Il y a encore dans notre texte un autre sous-entendu. Quand il nous présente le paiement des charges hypothécaires par le tiers détenteur comme engendrant à son profit l'action en garantie, il suppose bien évidemment que le tiers détenteur a payé au delà de son prix d'acquisition. Car, si l'ensemble des paiements, par lui faits soit à son vendeur, soit aux créanciers inscrits, en vue d'éteindre les charges hypothécaires (paiements qui tournent à sa décharge envers son vendeur), n'excèdent pas son prix d'acquisition, en définitive il reste en possession paisible du bien sans payer plus qu'il ne doit, et il n'a rien à réclamer.

Enfin il n'est pas absolument nécessaire, comme paraît le supposer l'article, que le tiers détenteur ait payé, délaissé ou subi l'expropriation, pour pouvoir agir en garantie contre son vendeur. Ce droit lui appartient, dès qu'il a reçu la sommation de payer ou de délaisser; car cette sommation, qui est le premier acte de l'exécution hypothécaire, constitue un trouble de droit dont le vendeur est garant (*supra*, n. n. 535 et 536.

D'ailleurs le recours en garantie du tiers détenteur, dans tous les cas où il a lieu, demeure soumis de tous points aux règles du droit commun.

* **1483.** La loi suppose dans l'art. 2178, et c'est ce qui arrive en effet le plus souvent, que l'aliénateur est en même temps le débiteur principal de la dette hypothécaire. Quelle sera la situation du tiers détenteur, si la qualité d'aliénateur et celle de débiteur de la dette reposent sur deux têtes différentes? ce qui arrivera par

exemple si je vous vends un immeuble que j'ai hypothéqué pour la dette d'autrui, ou un immeuble que j'ai moi-même acheté et qui était lors de mon acquisition grevé d'hypothèques pour dettes ne me concernant pas. Dans cette hypothèse, le tiers détenteur conserve toujours, le cas échéant, son recours en garantie contre l'aliénateur. En outre, mais seulement au cas de paiement ou d'expropriation, il acquiert quelquefois une action personnelle en remboursement contre le débiteur principal, dont il se trouve en définitive avoir acquitté la dette, puisqu'elle a été payée de ses deniers ou du prix de son bien. L'efficacité de ce recours est garantie par la subrogation dans les droits du créancier, subrogation qui lui est acquise en vertu de l'art. 1251-3°.

Ce que nous venons de dire est difficile à saisir, et a besoin d'être éclairci par un exemple.

J'achète de vous moyennant la somme de 10,000 fr. un immeuble, que vous avez hypothéqué pour une dette de 10,000 fr. contractée par *Primus* envers *Secundus*, pour la dette d'autrui par conséquent.

Supposons d'abord qu'étant encore débiteur de mon prix d'acquisition, je sois poursuivi hypothécairement par *Secundus* et que je lui paye les 10,000 fr. formant le montant de sa créance hypothécaire. Par ce paiement je me libère envers vous; et, comme il n'excède pas mon prix d'acquisition et que désormais la possession paisible de l'immeuble, aujourd'hui libre de toutes charges, m'est assurée, je n'ai rien à réclamer de personne.

Si je commence par vous payer mon prix d'acquisition, puis que, poursuivi hypothécairement par *Secundus*, je paye à celui-ci le montant de sa créance, j'aurai, d'une part contre vous une action en garantie, par laquelle je pourrai vous demander le remboursement des 10,000 fr. que j'ai été obligé de payer en sus de mon prix d'acquisition, sans préjudice des dommages et intérêts, et d'autre part une action en remboursement contre *Primus*, dont j'ai payé la dette de mes deniers. L'efficacité de mon recours contre *Primus* sera garantie par la subrogation dans les droits de *Secundus*, subrogation qui m'appartient certainement ici en vertu de l'art. 1251-3°. Ainsi donc, j'ai dans cette hypothèse une action en garantie contre vous et une action en remboursement contre *Primus*. Bien entendu, après avoir réussi dans l'une de ces actions, je n'aurai pas le droit d'exercer l'autre, ou du moins je ne pourrai l'exercer qu'autant qu'elle contiendrait quelque chose de plus que la première. Ainsi, après avoir obtenu de *Primus* le remboursement des 10,000 fr. que j'ai payés à son acquit, je ne pourrai plus exercer l'action en garantie contre vous que pour les dommages et intérêts.

Même solution, si, après avoir payé mon prix d'acquisition, je subis l'expropriation, sur les poursuites hypothécaires de *Secundus*, n'ayant pu ou voulu le payer. Mon recours en garantie contre vous va de soi ; et, quant à mon action personnelle en remboursement contre *Primus*, elle est fondée sur ce que sa dette a été en définitive payée de mes deniers, puisqu'elle a été soldée avec le prix d'un immeuble dont j'étais propriétaire; aussi croyons-nous que la subrogation dans les droits du créancier aurait lieu, dans cette hypothèse comme dans la précédente, en vertu de l'art. 1251-3°.

Appendice. — Le droit de préférence peut-il survivre au droit de suite?

1484. Le droit de *préférence*, résultant soit des privilèges sur les immeubles, soit des hypothèques, se conserve par une inscription (art. 2106 et 2134). C'est par une inscription également que se conserve le droit de *suite* (art. 2166, et loi du 23 mars 1855, art. 7). Le sort de chacun de ces deux droits paraît donc nécessairement lié à celui de l'autre, puisqu'ils sont assujettis à la même formalité pour leur conservation, et il semble par suite que l'un ne puisse survivre à l'autre. De deux choses l'une,

en effet : ou la formalité, prescrite pour leur conservation commune, l'inscription, aura été remplie en temps utile, et alors ils seront conservés l'un et l'autre; ou bien elle ne l'aura pas été, et alors les deux droits seront perdus.

La conclusion n'est exacte qu'à demi. La perte du droit de préférence entraîne bien toujours celle du droit de suite; mais la perte de ce dernier droit n'entraîne pas nécessairement celle du premier. Le droit de suite est moins essentiel, en matière de privilèges et d'hypothèques, que le droit de préférence, et, s'il répugne à la raison que le premier puisse survivre au second, dont il n'est qu'un auxiliaire, on comprend au contraire fort bien qu'en sens inverse le second puisse survivre au premier.

Fixons-nous bien d'abord sur le sens de cette proposition, que le droit de préférence peut survivre au droit de suite. Au point de vue pratique, cela signifie que le créancier privilégié ou hypothécaire, qui a perdu son droit de suite, pour ne pas s'être inscrit en temps utile ou pour y avoir renoncé, et qui en conséquence ne peut pas saisir l'immeuble et le faire vendre sur le tiers détenteur, n'a pas nécessairement perdu pour cela le droit de se faire payer à son rang sur le prix de l'immeuble, encore dû par l'acquéreur ou par lui consigné.

Cela posé, quels sont les cas exceptionnels dans lesquels le droit de préférence survit au droit de suite? Nous disons les cas *exceptionnels;* car la règle générale est que le sort des deux droits est lié, et qu'en conséquence la perte du droit de suite entraîne celle du droit de préférence. Nous allons en indiquer cinq; il peut y en avoir d'autres.

1485. Premier cas. Les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits sont en principe dispensées d'inscription pendant toute la durée du mariage ou de la tutelle et l'année qui suit (art. 2135, et loi du 23 mars 1855, art. 8).

Exceptionnellement, l'inscription de ces hypothèques peut devenir nécessaire durant cette période, lorsqu'un immeuble appartenant au mari ou au tuteur est exproprié pour cause d'utilité publique, adjugé sur saisie ou aliéné volontairement au profit d'un acquéreur qui remplit les formalités de la purge conformément aux art. 2193 et 2194. L'inscription doit être prise, au premier cas, dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation (loi du 3 mai 1841, art. 17), au deuxième, avant la transcription du jugement d'adjudication (C. pr., art. 717 al. final), et, au troisième, dans le délai de deux mois fixé par l'art. 2195.

Si l'inscription n'est pas prise dans les conditions de temps que nous venons de déterminer, le droit de suite attaché à l'hypothèque légale est perdu. Il n'en est pas de même du droit de préférence; il peut être exercé sur le prix, encore dû par l'acquéreur ou par lui consigné, à la condition que le créancier auquel appartient l'hypothèque légale produise à l'ordre en temps utile; voyez à ce sujet les art. 754, 751 et 752, 772 al. 5 du code de procédure civile, et *infra,* n. 1548 *a.*

1486. Deuxième cas. Les privilèges généraux de l'art. 2101, en tant qu'ils grèvent subsidiairement les immeubles du débiteur, sont dispensés de l'inscription. La place même, qu'occupe l'art. 2107 où se trouve formulée cette dispense, prouve qu'elle n'est établie qu'au point de vue du droit de préférence. Le droit de suite attaché à ces privilèges sera donc perdu (nous en avons déjà fait la remarque sous l'art. 2166), si l'inscription n'en a pas été prise en temps utile. Mais nous croyons que le droit de préférence survivra au droit de suite; car l'inscription n'est exigée qu'au point de vue du droit de suite, et par conséquent dans l'intérêt seulement des tiers acquéreurs; les autres créanciers du débiteur, auxquels le droit de préférence résultant de ce privilège est opposé, ne peuvent donc pas se prévaloir du défaut d'inscription.

1487. Troisième cas. Il concerne le privilège du copartageant. On sait qu'aux termes de l'art. 6 al. 2 de la loi du 23 mars 1855, ce privilège peut être utilement

inscrit, au point de vue de l'exercice du droit de suite, dans les quarante-cinq jours à dater de l'acte de partage, nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai. L'art. 2109, de son côté, accorde un délai plus long pour l'inscription du privilège au point de vue de l'exercice du droit de préférence : soixante jours à compter du partage ou de l'adjudication sur licitation. De là il suit que le copartageant, qui a inscrit son privilège dans l'intervalle écoulé entre le quarante-cinquième et le soixantième jour, aura perdu son droit de suite contre un acquéreur qui aurait antérieurement transcrit ; mais il pourra encore exercer sont droit de préférence sur le prix, dû par l'acquéreur ou par lui consigné.

1488. Quatrième cas. Aux termes de l'art. 2198 : « *L'immeuble à l'égard duquel » le conservateur aurait omis dans ses certificats une ou plusieurs des charges ins- » crites, en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les » mains du nouveau possesseur, pourvu qu'il ait requis le certificat depuis la trans- » cription de son titre ; sans préjudice néanmoins du droit des créanciers de se faire » colloquer suivant l'ordre qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par » l'acquéreur, ou tant que l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué* ». Cpr., Cass., 25 avril 1888, Sir., 89. 1. 49.

1489. Cinquième cas. La femme mariée, qui a renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble de son mari, perd ainsi son droit de suite sur l'immeuble aliéné ; mais elle conserve son droit de préférence sur le prix encore dû au mari. Loi du 13 février 1889, art. unique al. 4, et *supra*, n. 1241.

1490. Le droit de préférence, qui survit au droit de suite dans les diverses hypothèses que nous venons d'indiquer, est lui-même perdu, lorsque le prix de l'immeuble a été touché par le débiteur hypothécaire ou par lui cédé à un tiers ou délégué à d'autres créanciers. Art. 2198 et argument de cet article. V. cependant *supra*, n. 1241 *bis*. — Il est perdu également, lorsque le créancier n'a pas produit à l'ordre en temps utile.

CHAPITRE VII

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

1491. L'art. 2180, qui compose à lui seul ce chapitre, énumère d'une manière incomplète les causes d'extinction des privilèges et des hypothèques. Dans un premier paragraphe, nous traiterons des causes d'extinction que ce texte indique ; dans un deuxième, de celles qu'il convient d'y ajouter.

§ I. *Causes d'extinction prévues par l'article* 2180.

1492. « *Les privilèges et hypothèques s'éteignent, — 1° Par l'extinc- » tion de l'obligation principale, — 2° Par la renonciation du créancier » à l'hypothèque, — 3° Par l'accomplissement des formalités et condi- » tions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux » acquis, — 4° Par la prescription* ». Ainsi s'exprime l'art. 2180, première partie. Nous allons étudier successivement les quatre causes d'extinction qu'il énumère.

N° 1. Extinction de l'obligation principale.

1493. Il allait de soi que l'extinction de la créance entraîne l'extinction des privilèges et hypothèques qui y sont attachés. C'est une application toute simple de la règle *Accessorium sequitur principale,* et à la rigueur le législateur aurait pu se dispenser de la formuler. Les privilèges et hypothèques étant destinés à assurer le paiement de la créance dont ils sont un accessoire, il est clair qu'ils n'ont plus de raison d'être lorsque la créance est éteinte. Cass., 25 avril 1888, Sir., 89. 1. 49.

Toutefois, pour que ce résultat se produise, il faut que l'extinction de la créance soit totale. Son extinction partielle laisserait subsister en entier les privilèges et hypothèques qui y sont attachés, pour le paiement de la partie qui reste due. C'est une des conséquences, déjà signalées, de l'indivisibilité de l'hypothèque : *est tota in toto et tota in qualibet parte.*

1494. Le principe que l'extinction de la créance entraîne l'extinction de l'hypothèque reçoit son application, car il y a toujours même raison de décider, de quelque manière que la créance se soit éteinte. Il y a cependant trois modes d'extinction qui appellent ici des observations particulières : ce sont le paiement, la compensation et la novation.

1° *Paiement.* — Nous avons vu que, dans le paiement avec subrogation, les garanties attachées à la créance, et par conséquent les privilèges et hypothèques, passent au subrogé. Il semble donc qu'ils survivent à la créance éteinte par le paiement, contrairement à la règle générale formulée par l'art. 2180-1°. L'exception n'est qu'apparente, si l'on admet, comme nous l'avons fait (t. II, n. 1042), que la subrogation fait passer au subrogé la créance avec ses accessoires, ou que du moins, en vertu d'une fiction de droit, cette créance, avec tous ses accessoires, est réputée subsister au profit du subrogé pour assurer l'efficacité de son recours. L'exception est réelle, au contraire, si l'on admet que les accessoires de la créance passent au subrogé indépendamment de la créance éteinte par le paiement : alors il sera vrai de dire que, dans cette hypothèse exceptionnelle, les privilèges et hypothèques survivent à la créance.

2° *Compensation.* — L'art. 1299 établit, en matière de compensation, une exception analogue à celle que nous venons de signaler relativement au paiement avec subrogation. Il résulte de ce texte que celui qui a payé par erreur une dette éteinte par la compensation, peut exercer son ancienne créance *avec les privilèges et hypothèques qui y étaient attachés,* s'il a eu lors du paiement un juste sujet d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. La loi fait donc revivre les privilèges et hypothèques éteints; mais elle fait revivre avec eux la créance à laquelle ils étaient attachés, de sorte qu'en réalité il n'y a pas d'exception à notre règle. Cpr. t. II, n. 1129.

3° *Novation.* — L'art. 1278, après avoir établi en principe que la novation d'une créance entraîne l'extinction des privilèges et hypothèques qui y sont attachés, permet de les rattacher par une stipulation formelle à la nouvelle créance que la novation substitue à l'ancienne. Lorsque les parties useront de cette faculté, il y aura exception à notre règle : la créance sera éteinte, et ses accessoires subsisteront au profit de la nouvelle créance.

* **1495.** La *datio in solutum* contient une novation implicite. Quand je vous donne, de votre consentement, tel immeuble en paiement d'une dette de 10,000 fr. dont je suis débiteur envers vous, cette dation n'est bien évidemment que l'exécution d'une convention antérieure, n'eût-elle précédé que d'un instant de raison, par laquelle nous avons substitué à ma dette primitive celle d'un immeuble dont je me suis obligé à vous rendre propriétaire. Je vous devais d'abord 10,000 fr.; je vous dois maintenant tel immeuble en vertu de notre nouvelle convention. C'est une novation par changement d'objet dans la dette; et, comme la novation éteint les privilèges et hypothèques attachés à la créance novée, il faut en conclure que, si votre créance primitive était garantie par des privilèges et hypothèques, ils sont éteints d'une manière définitive. Par conséquent, si vous êtes évincé de la chose donnée en paiement, vous aurez purement et simplement une action en garantie contre moi; mais les privilèges et hypothèques de votre ancienne créance ne se rattacheront pas à cette action en garantie, à moins qu'ils n'aient été expressément réservés. La réserve tacite, qui a pu être dans l'intention des parties, ne suffirait pas. Cette induction, que fournit le texte de l'art. 1278, est pleinement confirmée par l'art. 2038, qui dispose que l'éviction de la chose livrée en paiement, subie par le créancier, ne fait pas renaître l'obligation de la caution. Ce que la loi dit du cautionnement doit être appliqué aux autres sûretés de la créance ; car où serait la raison de la différence ?

Nous n'ignorons pas que la solution contraire était enseignée dans notre ancien droit par Domat. « Si le paiement, dit cet auteur, ou ce qui devait en tenir lieu n'avait pas d'effet, comme si le créancier avait pris en paiement une dette avec garantie et qu'il fût évincé, l'hypothèque revivrait avec la créance; car ces sortes de paiements renferment la condition tacite qu'ils subsisteront ». Cela revient à dire que les parties doivent être considérées comme ayant tacitement fait la réserve des privilèges et hypothèques attachés à l'ancienne créance; mais nous venons de dire que la loi ne tient pas compte d'une réserve tacite; elle exige positivement une réserve expresse (art. 1278). Malgré ces raisons, l'opinion contraire à celle que nous venons de développer a pour elle la majorité des suffrages.

1496. Lorsque l'extinction de l'hypothèque a pour cause l'extinction de la créance, on dit que l'hypothèque s'éteint *par voie de conséquence.* L'extinction de l'hypothèque n'est alors qu'une suite de l'extinction de la créance. — Aux modes d'extinction *par voie de conséquence,* on oppose les modes d'extinction *par voie principale,* dont il nous reste à parler. Ils se produisent, lorsque l'hypothèque périt par une cause d'extinction qui lui est propre; elle s'éteint alors indépendamment de la créance, qui continue à subsister. Rien d'impossible à cela ; car, si l'accessoire ne peut survivre au principal, le principal peut fort bien au contraire survivre à l'accessoire.

Les trois modes d'extinction par voie principale, prévus par l'art. 2180, sont, nous le savons, la renonciation du créancier à son hypothèque, la purge et la prescription.

N° 2. Renonciation du créancier à son hypothèque.

1497. Nous supposons un créancier qui renonce à son hypothèque (1), non à sa créance. Sans doute la renonciation à la créance

(1) Ou à son privilège. Ce que nous dirons désormais *brevitatis causa* de l'hypothèque seulement, doit être entendu comme se rapportant aussi au privilège.

entraînerait l'extinction de l'hypothèque ; mais l'extinction se produirait alors par voie de conséquence ; or nous ne nous occupons maintenant que des modes d'extinction par voie principale.

Quelle est la capacité requise pour renoncer à une hypothèque ? En quelle forme se fait la renonciation à l'hypothèque ? Quels sont les effets d'une renonciation valable ? Telles sont les questions à étudier. La loi ne les a pas résolues, et par conséquent l'interprète doit en chercher la solution dans les principes généraux.

1498. Capacité requise. — En renonçant à son hypothèque, le créancier peut compromettre le sort de sa créance, dont il sera peut-être impossible d'obtenir le paiement, la sûreté faisant défaut. Nous en concluons que, pour pouvoir renoncer à une hypothèque, il faut avoir la capacité de disposer de la créance qu'elle garantit.

Mais cette capacité suffit, et nous n'admettons pas avec M. Laurent que le renonçant doive nécessairement avoir en outre la capacité de disposer d'un immeuble. Sans doute l'hypothèque est un droit immobilier, un immeuble par conséquent; mais elle est l'accessoire de la créance dont elle suit le sort, et par conséquent celui qui peut disposer de la créance peut par cela même disposer de l'hypothèque.

1499. Forme de renonciation. — Dans le silence de la loi, il faut décider qu'aucune forme particulière n'est requise pour la validité de la renonciation. Il n'est même pas nécessaire que la volonté du créancier de renoncer à son hypothèque soit manifestée expressément; une renonciation tacite suffit.

Quant à savoir quels sont les actes, *gesta,* qui entraînent renonciation tacite, c'est une question de fait plutôt que de droit, *ea res facti magis quam juris est.* Au juge il appartiendra donc de décider suivant les circonstances de la cause, et ses décisions seront par suite aussi variables que ces circonstances elles-mêmes. Toutefois une règle fondamentale s'impose à lui dans cette délicate matière : la renonciation tacite ne peut s'induire que de faits présentant un caractère non équivoque, de faits qu'il est impossible d'interpréter dans un sens autre que celui d'une renonciation à l'hypothèque, car la renonciation ne se présume pas (arg. art. 784) ; *nemo juri suo facile renuntiare præsumitur.* Parcourons quelques espèces. Un créancier hypothécaire concourt à la vente de l'immeuble hypothéqué, consentie par le débiteur, et signe l'acte qui en est dressé ; renonce-t-il ainsi tacitement à son hypothèque ? L'affirmative devra être admise le plus souvent, parce qu'il sera impossible de donner une autre explication de la conduite du créancier. Son consentement n'était pas nécessaire apparemment pour la validité de la vente ; alors qu'est-il venu faire, sinon rassurer l'acquéreur en renonçant au profit de celui-ci à son hypothèque ? V. toutefois *supra,* n. 1238 *bis.* On peut cependant supposer le cas où le créancier hypothécaire aurait figuré à l'acte de vente en qualité de notaire rédacteur ou de témoin : sa participation à l'acte étant alors tout naturellement expliquée par le rôle qu'il y joue, il est bien clair qu'on ne saurait en induire une renonciation à son hypothèque.

Ce que nous venons de dire de la vente totale de l'immeuble hypothéqué, ne devrait pas être étendu à la vente partielle. En participant à la vente que le débiteur a consentie d'une partie du fonds hypothéqué, le créancier a peut-être entendu seulement renoncer au droit, que cette vente lui donnait, comme entraînant une diminution de sûretés, de poursuivre avant l'échéance du terme le paiement de sa

créance (arg. art. 1188). Cette interprétation est moins désavantageuse pour le créancier que celle qui consisterait à le considérer comme ayant renoncé à son hypothèque, et dans le doute elle doit être admise, conformément à la règle *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis.*

1500. Caractère et effet de la renonciation.— La jurisprudence considère la renonciation du créancier à son hypothèque comme un acte unilatéral, valable par conséquent indépendamment de l'acceptation de ceux à qui elle doit profiter. D'où cette conséquence que le créancier, qui a renoncé à son hypothèque, ne peut pas se rétracter, alors même que les intéressés n'auraient pas encore adhéré à la renonciation.

Nous n'acceptons cette solution que sous bénéfice d'inventaire. Sans doute, en théorie, celui auquel appartient un droit réel peut s'en dépouiller par sa seule volonté. Mais voit-on dans la pratique un créancier abdiquer son droit hypothécaire, comme on jette dans la rue un objet dont on ne veut plus? Assurément non. Un créancier renonce à son hypothèque dans le but de favoriser une personne déterminée à laquelle l'hypothèque peut préjudicier; c'est donc une offre qu'il lui adresse en déclarant qu'il renonce à son hypothèque, et, comme toute autre offre, celle-ci doit être acceptée pour lier son auteur. Nous en concluons que le créancier peut revenir sur sa renonciation, tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui ou ceux à qui elle doit profiter. La loi assigne, il est vrai, un autre caractère à la renonciation à succession; elle paraît la considérer comme n'ayant rien de contractuel. Mais l'hypothèse est bien différente. Le plus souvent, l'intention de celui qui renonce à une succession est d'abdiquer son droit héréditaire purement et simplement, ordinairement parce qu'il le trouve plus onéreux que profitable; rarement il agit en vue d'avantager une personne déterminée. En est-il ainsi du créancier qui renonce à son hypothèque? D'ailleurs nous voyons dans l'art. 790 que le renonçant est admis à revenir sur sa renonciation, tant qu'aucun héritier n'a accepté à sa place; à plus forte raison le créancier qui a renoncé à son hypothèque peut-il revenir sur sa renonciation, tant que l'offre contenue dans cette renonciation n'a pas été acceptée.

N° 3. Purge ou purgement.

1501. Nous avons déjà donné une idée sommaire de la purge (*supra*, n. 1457). Le siège de cette matière est dans les art. 2181 et suivants; c'est là que nous en traiterons avec détails. Par la purge, comme nous le verrons, le droit des créanciers hypothécaires est définitivement transformé en un droit sur le prix de l'immeuble, et celui-ci se trouve affranchi pour l'avenir de toutes les hypothèques dont il est grevé, moyennant le paiement de ce prix aux créanciers suivant l'ordre de leurs inscriptions.

N° 4. Prescription.

1502. Cette quatrième cause d'extinction est celle qui donne lieu au plus grand nombre de difficultés.

La loi distingue, et nous distinguerons avec elle, si l'immeuble, grevé de l'hypothèque ou du privilège, est entre les mains du débiteur ou entre celles d'un tiers détenteur.

1503. Première hypothèse. *L'immeuble grevé de l'hypothèque est entre les mains du débiteur.* La loi dit à ce sujet : « *La prescription est* » *acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le* » *temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou* » *le privilège* » (art. 2180-4° al. 2).

Ainsi la prescription de l'hypothèque est ici liée à la prescription de la créance : tant que la créance échappera à la prescription, l'hypothèque y échappera également; lorsque la prescription éteindra la créance, elle éteindra du même coup l'hypothèque.

Etait-ce bien utile à dire, et cette proposition ne résultait-elle pas suffisamment de l'art. 2180-1°, qui déclare l'hypothèque éteinte par suite de l'extinction de l'obligation principale?

Deux motifs ont pu porter le législateur à s'expliquer.

D'une part, il a voulu ne laisser subsister aucun doute sur son intention de rompre ici avec les traditions du droit romain, suivies dans notre ancien droit. D'après la loi *Quum notissimi* (l. 7, C., *De præscr. XXX vel XL annorum*), l'action personnelle contre le débiteur se prescrivait par trente ans, et l'action hypothécaire par quarante ans seulement; l'hypothèque pouvait donc survivre de dix ans à l'action personnelle. Notre législateur a répudié cette singularité juridique. Pothier l'explique en disant qu'après trente ans d'inaction de la part du créancier, le débiteur, qui n'a pas payé sa dette, est bien libéré *jure civili,* mais non *jure naturali, æquitatis ratione;* une obligation naturelle survit donc à la prescription, et c'est à cette obligation naturelle que l'hypothèque se rattache pendant les dix années qui suivent la prescription de la créance.

Notre disposition précise en outre la pensée du législateur sur un autre point : la prescription ne pourra pas atteindre l'hypothèque avant la créance. Ce résultat est possible, quand l'immeuble est entre les mains d'un tiers détenteur, comme nous le dirons bientôt, mais non lorsqu'il se trouve entre les mains du débiteur, ainsi qu'on le voit manifestement par l'opposition que le législateur établit entre cette dernière hypothèse et la précédente. L'art. 2180-1° aurait pu laisser subsister quelque doute sur ce point; car il en résulte bien que l'hypothèque ne peut pas survivre à la créance éteinte par la prescription, mais non qu'en sens inverse l'hypothèque ne puisse pas s'éteindre par la prescription avant la créance.

En résumé, la disposition que nous commentons, écrite en vue du cas où l'immeuble grevé de l'hypothèque est *apud debitorem,* a cette double utilité de marquer que la prescription de l'hypothèque ne peut pas s'accomplir *après* celle de la créance ni *auparavant.* L'autorité de notre ancien droit aurait pu faire concevoir quelque doute sur le premier point, et l'art. 2180-1°, sur le second.

1504. Deuxième hypothèse. *L'immeuble grevé du privilège ou de l'hypothèque est entre les mains d'un tiers détenteur.* Rationnellement il eût peut-être été logique d'appliquer à cette hypothèse la même règle qu'à la précédente, comme on l'a proposé dans la discussion des projets de réforme hypothécaire élaborés en 1841 : de cette façon la prescription de l'hypothèque aurait été liée dans tous les cas à la prescription de la créance, et se serait nécessairement accomplie à la même époque. Le législateur de 1804 a préféré établir ici une règle différente, qui est loin d'être aussi simple qu'elle le paraît. Elle est contenue dans

l'art. 2180-4° al. 3, ainsi conçu : « *Quant aux biens qui sont dans la* » *main d'un tiers détenteur, elle* [la prescription de l'hypothèque] *lui* » *est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à* » *son profit : dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne com-* » *mence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du* » *conservateur* ».

Avant d'étudier dans ses détails cette disposition difficile, notons tout d'abord que la prescription de l'hypothèque devient ici complètement indépendante de la prescription de la créance. Il y a donc deux prescriptions distinctes à considérer, dont chacune est régie par des règles qui lui sont propres : la prescription de la créance et celle de l'hypothèque. Sans doute, si la créance se trouve éteinte par la prescription, l'hypothèque sera nécessairement éteinte aussi par voie de conséquence, et le tiers détenteur comme tout autre intéressé pourra se prévaloir de cette extinction. Mais la réciproque n'est pas vraie : il pourra fort bien arriver que l'hypothèque soit éteinte par la prescription, la créance subsistant encore.

Et, si la prescription de l'hypothèque s'isole ici de la prescription de la créance, elle s'isole également de la prescription de la propriété de l'immeuble sur lequel porte l'hypothèque : il peut très bien arriver que la propriété de cet immeuble soit prescrite au profit du tiers détenteur avant l'hypothèque, ou en sens inverse que l'hypothèque soit prescrite avant la propriété.

Pour comprendre ce que nous venons de dire, il faut savoir que le tiers détenteur peut avoir à prescrire à la fois la propriété de l'immeuble qu'il possède et l'hypothèque dont cet immeuble est grevé. Telle est la situation d'un usurpateur. Telle aussi la situation de celui qui a acheté *a non domino* un immeuble grevé d'hypothèque. La vente n'a pas pu le rendre propriétaire, puisque le vendeur ne l'était pas : par conséquent il a besoin de prescrire la propriété; et il a besoin de prescrire aussi l'hypothèque, pour posséder le fonds libre de toute charge. Eh bien ! les deux prescriptions seront complètement indépendantes, et il pourra arriver ainsi, soit que le tiers détenteur ait prescrit la propriété avant l'hypothèque, soit qu'il ait prescrit l'hypothèque avant la propriété.

Le plus souvent, le tiers détenteur aura acquis l'immeuble du débiteur, qui en était le véritable propriétaire et qui à ce titre l'a grevé d'hypothèque. Dans ce cas, le tiers détenteur n'aura besoin de prescrire que l'hypothèque, puisque la vente lui a transféré la propriété de l'immeuble.

La loi ne s'occupe ici que de la prescription de l'hypothèque. Les règles à suivre en ce qui concerne la prescription soit de la propriété

de l'immeuble hypothéqué, soit de la créance hypothécaire sont établies au titre *De la prescription.*

1505. Demandons-nous d'abord quelle est la nature de la prescription de l'hypothèque; est-elle *acquisitive* ou *extinctive ?* Au premier abord, il semble bien que ce soit une prescription *extinctive;* car elle a pour but de produire l'affranchissement de l'immeuble hypothéqué. Si la prescription qui libère un débiteur de sa dette est une prescription libératoire ou extinctive, comment celle qui tend à libérer un immeuble de l'hypothèque dont il est grevé pourrait-elle ne pas avoir le même caractère ? C'est bien une prescription acquisitive cependant. On n'en saurait douter; car elle est subordonnée à la condition que le tiers détenteur possède l'immeuble, ainsi que nous le dirons bientôt; or c'est là le trait caractéristique de la prescription acquisitive. Le législateur a probablement considéré que l'aliénation d'un immeuble hypothéqué ne confère à l'acquéreur qu'une propriété démembrée ; la prescription lui fait acquérir le démembrement de la propriété qui lui manque. C'est une nouvelle preuve à l'appui de la proposition formulée plus haut, savoir que l'hypothèque est un démembrement de la propriété.

1506. Il reste à déterminer la durée du délai par lequel s'accomplira la prescription de l'hypothèque dans le cas qui nous occupe, c'est-à-dire lorsque l'immeuble hypothéqué est entre les mains d'un tiers détenteur. C'est l'objet du texte que nous avons transcrit plus haut (art. 2180-4° al. 3). Nous reproduisons de nouveau sa première partie : « *Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle* [la prescription de l'hypothèque] *lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit...* ». Cette formule, nécessairement un peu obscure dans son laconisme, ne lie pas, comme on pourrait le croire au premier abord, la prescription de l'hypothèque à celle de la propriété; elle ne signifie pas que la prescription de l'hypothèque sera acquise au tiers détenteur en même temps que celle de la propriété. Nous l'avons dit, les deux prescriptions sont indépendantes l'une de l'autre. La loi veut dire seulement que la prescription de l'hypothèque est régie théoriquement quant au délai par les mêmes règles que la prescription de la propriété. Mais, comme les deux prescriptions courent contre des personnes différentes, la prescription de l'hypothèque courant contre le créancier hypothécaire et la prescription de la propriété contre le véritable propriétaire, et comme d'autre part elles peuvent ne pas avoir le même point de départ, la prescription de l'hypothèque quand elle suppose un titre ne commençant à courir que du jour où il a été transcrit, tandis que cette condition, au moins d'après l'opinion générale, n'est pas requise pour que la

prescription de la propriété commence à courir, il pourra fort bien arriver que les deux prescriptions ne s'accomplissent pas à la même époque.

En d'autres termes, nous paraphrasons l'art. 2180-4° al. 3 de la manière suivante. Pour savoir par quel délai s'accomplit la prescription de l'hypothèque, mettez le tiers détenteur, qui prescrit, en regard du créancier hypothécaire, contre lequel court la prescription ; puis supposez un instant qu'il s'agisse pour le tiers détenteur de prescrire contre cet adversaire, non l'hypothèque, mais la propriété de l'immeuble. Le délai, qui, dans cette supposition, serait nécessaire pour la prescription de la propriété, sera également requis pour la prescription de l'hypothèque.

1507. Faisons quelques applications de cette règle.

Première application. Au moment de son acquisition, le tiers détenteur avait connaissance de la charge hypothécaire dont l'immeuble était grevé ; il était donc de mauvaise foi quant à l'hypothèque, en ce sens que, n'ignorant pas les droits du créancier hypothécaire, il n'a pas pu penser acquérir un immeuble libre de toutes charges. Il ne prescrira l'hypothèque que par trente ans. En effet, en supposant que le créancier hypothécaire soit le véritable propriétaire de l'immeuble, et qu'il s'agisse pour le tiers détenteur de prescrire par rapport à lui la propriété de l'immeuble, la prescription ne s'accomplirait que par trente ans (arg. art. 2262). En d'autres termes, de même que celui qui acquiert la possession d'un fonds appartenant à autrui, connaissant les droits du véritable propriétaire, n'en peut prescrire la propriété que par trente ans, de même celui qui entre en possession d'un fonds grevé d'hypothèque, connaissant les droits du créancier hypothécaire, ne prescrira l'hypothèque que par trente ans.

Deuxième application. Le tiers détenteur, on le suppose, a un juste titre : il a acquis l'immeuble par vente, échange, donation ou tout autre titre translatif de propriété par sa nature ; de plus, au moment de son acquisition (car c'est toujours à cette époque qu'il faut se placer pour apprécier la bonne ou la mauvaise foi, *initium spectandum* [arg. art. 2269]), il ignorait l'existence de l'hypothèque. Dans ces conditions il prescrira l'hypothèque par dix ans, si le créancier hypothécaire habite dans le ressort de la cour d'appel où l'immeuble est situé, et par vingt ans, s'il habite en dehors dudit ressort (arg. art. 2265). En d'autres termes, de même que le possesseur, qui a un juste titre, et qui est de bonne foi quant à la propriété, ayant cru acquérir *a vero domino* et par suite devenir propriétaire, prescrit la propriété par dix à vingt ans (art. 2265), de même le tiers détenteur, qui a un juste titre et qui en outre est de bonne foi quant à l'hypothèque, dont il a ignoré l'existence, prescrira l'hypothèque par dix à vingt ans.

Mais comment le tiers détenteur peut-il être de bonne foi quant à l'hypothèque? De deux choses l'une, peut-on dire : ou l'hypothèque n'était pas inscrite avant la transcription de l'acte d'acquisition du tiers détenteur, et alors elle ne lui est pas opposable, il n'a donc pas à s'en préoccuper ; ou bien l'hypothèque était inscrite, et alors il a dû nécessairement en avoir connaissance. — Sans doute, la prudence la plus vulgaire commande à l'acquéreur d'un immeuble de consulter, avant de traiter, le registre des inscriptions, afin de découvrir l'existence des charges hypothécaires dont l'immeuble peut être grevé. Mais il y a des acquéreurs négligents ou trop confiants ; en fait, le tiers détenteur a peut-être omis lors de son acquisition de se faire délivrer un état des inscriptions, nulle loi ne l'y oblige. Il peut donc ignorer l'existence des charges ; alors il bénéficiera de la prescription de dix à vingt ans.

D'ailleurs, la bonne foi du détenteur se présume. Il appartiendrait donc au créancier, qui allègue sa mauvaise foi, d'en fournir la preuve (arg. art. 2268) : ce qu'il pourra faire par tous les moyens possibles, même par témoins et par présomptions ; car il y a eu pour lui impossibilité de se procurer une preuve écrite (arg. art. 1348).

Remarquons enfin que la prescription de l'hypothèque par dix à vingt ans ne peut commencer à courir au profit du tiers détenteur qu'à dater du jour où son titre a été transcrit; l'art. 2180-4° al. 3 *in fine* le dit formellement. Cette disposition va toute seule depuis la loi du 23 mars 1855; car le créancier hypothécaire est un tiers par rapport au tiers détenteur; il est donc tout simple que le droit de celui-ci ne lui devienne opposable que par la transcription. Mais elle était fort difficile à expliquer sous l'empire du code civil, au moins en admettant, comme l'avait fait la jurisprudence, que la transcription n'était pas nécessaire pour rendre le droit de l'acquéreur d'un immeuble opposable aux tiers. Notre disposition est l'une de celles qui protestaient contre cette interprétation, et elle n'est pas la seule.

1508. Il reste à justifier la proposition que nous avons formulée plus haut, savoir : que, lorsque l'immeuble hypothéqué est entre les mains d'un tiers détenteur, la prescription de l'hypothèque s'isole complètement, d'une part, de la prescription de la créance hypothécaire, d'autre part, de la prescription de la propriété de l'immeuble hypothéqué.

a. — Sur le premier point, la démonstration est toute faite. Sans doute, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, la prescription de la créance entraîne fatalement celle de l'hypothèque, et le tiers détenteur peut s'en prévaloir, comme tous les intéressés. Mais la réciproque n'est pas vraie : il peut fort bien arriver que l'hypothèque soit prescrite, la créance ne l'étant pas encore. Ainsi, la créance hypothécaire n'étant prescriptible que par trente ans, il se peut que l'hypothèque soit prescrite au bout de dix années, le tiers détenteur ayant juste titre et bonne foi ; la créance dans cette hypothèse survivra de vingt ans à l'hypothèque. De même, en supposant la créance et l'hypothèque prescriptibles par le même délai, il se peut que la prescription de la créance ait été interrompue, et non celle de l'hypothèque. Dans ce cas encore, la prescription de l'hypothèque s'accomplira avant celle de la créance.

b. — Il est tout aussi facile de démontrer que la prescription de l'hypothèque s'isole de la prescription de la propriété, lorsqu'il est nécessaire au tiers détenteur de prescrire tout à la fois la propriété et l'hypothèque : ce qui arrive notamment quand il a acquis l'immeuble *a non domino* (*supra*, n. 1504). Dans des cas très nombreux, l'une des prescriptions peut être accomplie avant l'autre, et ce sera tantôt celle de la propriété, tantôt celle de l'hypothèque. Citons quelques espèces.

1° Le tiers détenteur, qui a un juste titre, est de bonne foi quant à la propriété, il a cru traiter avec le véritable propriétaire ; mais il est de mauvaise foi quant à l'hypothèque, dont il connaissait l'existence lors de l'acquisition. Il prescrira la propriété par dix à vingt ans (art. 2265 et 2266), tandis qu'il ne prescrira l'hypohèque que par trente ans ; la prescription de la propriété sera donc accomplie avant celle de l'hypothèque. C'est le contraire qui arriverait dans l'espèce inverse, celle où le tiers détenteur serait de mauvaise foi quant à la propriété, mais de bonne foi quant à l'hypothèque.

2° En supposant que le tiers détenteur soit de bonne foi quant à l'hypothèque et quant à la propriété, auquel cas la durée du délai est théoriquement la même pour les deux prescriptions, il arrivera souvent en fait que leur parallélisme sera détruit, et qu'elles ne s'accompliront pas à la même époque. Il est facile de le démontrer.

D'abord, la prescription de l'hypothèque ne commence à courir qu'à compter de la transcription du titre (art. 2180-4° al. 3 *in fine*), tandis qu'il n'en est pas de même, suivant l'opinion générale, pour la prescription de la propriété. Le point de

départ de la prescription de l'hypothèque pourra se trouver ainsi retardé, et par suite aussi son accomplissement.

En outre et surtout, il ne faut pas oublier que les deux prescriptions ne courent pas contre la même personne : l'une, celle de la propriété, court contre le véritable propriétaire ; l'autre, celle de l'hypothèque, contre le créancier hypothécaire. De là des causes nombreuses d'inégalité dans la durée du délai des deux prescriptions.

Ainsi il peut arriver que le véritable propriétaire soit domicilié dans le ressort de la cour d'appel de la situation de l'immeuble, et le créancier hypothécaire en dehors dudit ressort : auquel cas la prescription de la propriété s'accomplira par dix ans, et celle de l'hypothèque par vingt ans. C'est le contraire qui se produirait, si le créancier hypothécaire était domicilié dans le ressort de la cour d'appel de la situation de l'immeuble, et le propriétaire, en dehors duditressort.

D'autre part, le véritable propriétaire peut être majeur, et le créancier hypothécaire mineur, ou réciproquement. L'une des prescriptions suivra alors son cours, tandis que l'autre sera suspendue (art. 2252), et par suite elles ne s'accompliront pas à la même époque.

Enfin, il peut arriver que l'une des prescriptions soit interrompue, l'autre ne l'étant pas : auquel cas, toutes choses égales d'ailleurs, cette dernière s'accomplira plus tôt.

Nous sommes ainsi conduit à parler de l'interruption de la prescription de l'hypothèque.

1509. Interruption de la prescription de l'hypothèque. — On lit à ce sujet dans l'art. 2180 al. final : « *Les inscriptions prises par le créancier n'interrom-* » *pent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du* » *tiers détenteur* ».

* = *En faveur... du tiers détenteur.* Cette disposition, qui se comprend aisément aujourd'hui sous l'empire de la loi de 1855, soulevait une difficulté sous l'empire du code civil, au moins d'après l'interprétation admise par la jurisprudence, au point de vue du transfert de la propriété immobilière. On était en effet conduit à dire que les inscriptions, prises pour la première fois après l'aliénation au profit du tiers détenteur, étaient sans valeur. On pouvait pourtant s'en tirer en disant qu'il s'agissait probablement d'inscriptions prises en renouvellement.

L'art. 2180 al. final, que nous venons de transcrire, ne nous indique pas comment le créancier hypothécaire doit s'y prendre pour interrompre la prescription qui le menace. A cet égard, il y a lieu de distinguer.

a. — L'immeuble hypothéqué est entre les mains du débiteur. Nous savons que, dans cette hypothèse, la prescription de l'hypothèque est liée à la prescription de la créance. Le créancier interrompra donc la prescription de l'hypothèque en interrompant celle de la créance. Sur le point de savoir par quels actes l'interruption s'opère, voyez les art. 2242 et s.

b. — L'immeuble hypothéqué est entre les mains d'un tiers détenteur. Le créancier hypothécaire peut dans tous les cas interrompre la prescription, en obtenant du tiers détenteur une reconnaissance volontaire ou judiciaire de l'hypothèque (*supra*, n. 1462). En outre, si la créance est exigible, la prescription pourra être interrompue par la saisie de l'immeuble hypothéqué.

La saisie de l'immeuble hypothéqué doit être précédée d'une sommation de payer ou de délaisser, adressée au tiers détenteur (art. 2169). D'après la jurisprudence de la cour de cassation, cette sommation suffit pour interrompre la prescription. Il est vrai que la sommation ne figure pas sur la liste limitative, donnée par la loi, des actes qui opèrent l'interruption civile de la prescription ; cette liste ne comprend que la citation en justice, la saisie et le commandement (art. 2244). Mais précisément la sommation dont il s'agit équivaut à un commandement ; car d'une part elle sert de

préliminaire à la saisie (art. 2169), et d'autre part elle dépouille le tiers détenteur de la jouissance de l'immeuble en le rendant comptable des fruits (art. 2176).

§ II. *Causes d'extinction de l'hypothèque, non prévues par l'article* 2180.

1510. Aux causes d'extinction énumérées par l'art. 2180, il y a lieu d'ajouter :

1° La perte de l'immeuble hypothéqué. Au cas de perte partielle, l'hypothèque subsiste sur la partie de l'immeuble qui a été épargnée.

2° L'effet de la réduction prononcée en justice. Cette réduction n'est possible que pour les hypothèques légales ou judiciaires. V. art. 2143 à 2145 et 2161 à 2165.

On dit ordinairement que l'hypothèque s'éteint par l'effet de la résolution du droit de propriété appartenant au constituant, lors du moins que cette résolution s'opère avec effet rétroactif, *ut ex tunc,* comme il arrive par exemple au cas de retour conventionnel (art. 952), ou au cas de vente à réméré lorsque le rachat est exercé par le vendeur (art. 1673 al. 2). Il serait plus exact de dire que l'hypothèque est alors censée n'avoir jamais eu d'existence, puisque le constituant est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire, en vertu de l'effet rétroactif attaché à la condition.

La résolution du droit du constituant ne porte aucune atteinte à l'hypothèque, lorsqu'elle se produit sans effet rétroactif, *ut ex nunc.* Voyez en un exemple dans l'art. 958.

Enfin, la plupart des auteurs ajoutent encore à la liste des causes d'extinction de l'hypothèque :

a. — Le défaut d'inscription en temps utile (v. *supra,* n. n. 1372 et s.).

b. — Le défaut de production à l'ordre dans les délais fixés par la loi (C. pr., art. 754 et 755). La déchéance, qui en résulte pour le créancier défaillant, est toute relative; elle ne peut être invoquée que par les créanciers qui ont été régulièrement colloqués à son préjudice.

c. — L'effet d'une collocation déclarée inutile à raison de l'épuisement des fonds à distribuer (C. pr., art. 759).

d. — La déchéance résultant de l'art. 2198.

Mais on a remarqué avec raison que ces quatre causes d'extinction peuvent être considérées comme des cas particuliers de la purge entendue *lato sensu*.

1511. Observons en terminant que la consolidation ou confusion, résultant de la réunion sur une même tête des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire de l'immeuble grevé d'hypothèque, n'est pas à proprement parler une cause d'extinction de l'hypothèque. Sans doute, si le nouveau propriétaire est seul créancier hypothécaire, son droit d'hypothèque sera paralysé; car il ne peut pas l'exercer sur son propre bien. Mais, si un conflit avec d'autres créanciers inscrits sur l'immeuble fait apparaître pour lui un intérêt à invoquer son droit d'hypothèque, il pourra le leur opposer. Notamment, au cas de purge, le nouveau propriétaire sera autorisé à se payer à son rang d'hypothèque sur le prix qu'il offre aux créanciers inscrits, ou, en d'autres termes, à retenir une partie du prix, correspondant à sa pro-

pre créance, tandis que, si son hypothèque était éteinte, il devrait verser la totalité de son prix entre les mains des autres créanciers inscrits. De même, au cas d'expropriation, poursuivie à la requête d'un des créanciers inscrits, il sera autorisé à se faire colloquer à son rang d'hypothèque sur le prix d'adjudication.

CHAPITRE VIII

DU MODE DE PURGER LES PROPRIÉTÉS DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

1512. Définition. — La purge est un moyen, offert à l'acquéreur d'un immeuble, d'affranchir cet immeuble des privilèges et hypothèques qui le grèvent en offrant aux créanciers hypothécaires ou privilégiés son prix d'acquisition, ou la valeur estimative de l'immeuble, suivant le cas, et en payant ou consignant la somme offerte, sauf le droit pour les créanciers, qui ne trouveraient pas les offres du tiers détenteur suffisantes, de requérir la mise aux enchères de l'immeuble, en s'engageant à en porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de la somme offerte par le tiers détenteur.

Les règles relatives à la purge sont réparties dans deux chapitres différents, le chapitre VIII et le chapitre IX. Le premier traite de la purge des privilèges et des hypothèques inscrits; le deuxième, de la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites. La rubrique du chapitre VIII est donc conçue en termes beaucoup trop compréhensifs; car elle donnerait à penser qu'il y est question de la purge de toutes les hypothèques sans exception.

1513. La purge est une institution d'origine française; le droit romain ne la connaissait pas.

Les dispositions du chapitre VIII, relatives à la purge des charges hypothécaires inscrites, ont été empruntées pour la plus grande partie à la loi du 11 brumaire de l'an VII. Il n'en est pas de même des dispositions du chapitre IX, qui constituent une innovation législative. Ayant dispensé d'inscription les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, le législateur du code civil s'est trouvé nécessairement conduit à créer un mode de purge spécial pour ces hypothèques. Le besoin de cette purge exceptionnelle ne se faisait pas sentir sous l'empire de la loi de l'an VII: soumises au droit commun en ce qui concerne l'inscription, les hypothèques dont il s'agit s'y trouvaient soumises aussi en ce qui concerne la purge.

§ I. *Qui peut purger.*

1514. La purge, ainsi que nous le verrons plus loin, peut porter, dans une certaine mesure, atteinte aux droits des créanciers hypothécaires, notamment en ce qu'elle survient quelquefois à un moment où la valeur du bien grevé d'hypothèque se trouve temporairement dépréciée, auquel cas les créanciers se voient forcés de se contenter d'un prix inférieur à celui que leur procurerait une vente aux enchères faite

en temps opportun. Il faut en conclure que la faculté de purger n'appartient pas à tout intéressé, mais seulement à ceux au profit desquels la loi autorise l'emploi de cette mesure. Quels sont-ils ? Le législateur ne le dit pas *in terminis ;* mais les textes relatifs à la matière permettent de découvrir sa pensée sur ce point : ils parlent du *tiers détenteur* (art. 2181), du *nouveau propriétaire* (art. 2183, 2185, 2186, 2187, 2192...), de l'*acquéreur* ou du *donataire* (art. 2184, 2188, 2189), des *acquéreurs* (art. 2193 à 2195). Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, pour pouvoir purger, il faut : 1° être acquéreur de l'immeuble hypothéqué ; 2° n'être pas personnellement obligé au paiement des dettes hypothécaires.

1515. Première condition. *Il faut être acquéreur de l'immeuble hypothéqué.* Dans la pensée du législateur, la purge est une mesure de faveur pour les acquéreurs d'immeubles hypothéqués ; elle tend à favoriser l'aliénation volontaire de ces immeubles, qui deviendrait à peu près impossible, si les acquéreurs n'avaient pas un moyen légal de les affranchir des charges hypothécaires dont ils sont grevés.

D'ailleurs le droit de purger appartient :

a. — A l'acquéreur à titre gratuit, aussi bien qu'à l'acquéreur à titre onéreux : la loi dit dans plusieurs textes l'*acquéreur ou le* donataire. Remarquons que le mot *donataire* comprend, à raison de sa généralité, tous les acquéreurs à titre gratuit, par conséquent les légataires aussi bien que les donataires entre vifs.

b. — A l'acquéreur d'une partie de l'immeuble hypothéqué, comme à l'acquéreur de la totalité.

c. — A l'acquéreur de l'usufruit ou de la nue propriété de l'immeuble hypothéqué, aussi bien qu'à l'acquéreur de la pleine propriété (argument tiré des mots *droits réels immobiliers* de l'art. 2181), mais non à l'acquéreur d'un droit de servitude ou d'un droit d'usage ou d'habitation portant sur l'immeuble hypothéqué. La raison en est que, les droits de servitude, d'usage ou d'habitation n'étant pas susceptibles d'être saisis et vendus aux enchères (arg. art. 2204, 631 et 634), les créanciers auxquels seraient faites les offres à fin de purge, seraient dans l'impossibilité d'user du droit de surenchérir, qui est essentiel en cette matière. Quelle sera donc la situation des créanciers inscrits, en face de celui au profit duquel de semblables droits auraient été constitués ? Ils pourront saisir l'immeuble et le faire vendre, sans tenir compte du droit dont l'immeuble a été grevé : il ne leur est pas opposable.

La faculté de purger, n'appartenant qu'aux acquéreurs, ne saurait être reconnue :

1° A celui qui a constitué sur son bien une hypothèque pour la dette d'autrui ; ce point cependant est contesté.

2° Au prêteur de deniers ; et cependant il peut avoir grand intérêt à purger pour débarrasser l'immeuble qu'on lui offre en gage des hypothèques légales non inscrites, dont il est peut-être grevé à son insu et qui viendront absorber plus tard à son préjudice toute la valeur de l'immeuble. Mais, nous l'avons dit, il ne suffit pas d'être intéressé à purger pour en avoir le droit ; il faut être du nombre de ceux auxquels la loi accorde cette faveur ; or elle ne parle pas des prêteurs. Cela est décisif.

La règle, que le prêteur n'a pas le droit de purger, souffre cependant une exception au profit des sociétés de crédit foncier. La loi du 10 juin 1853 leur donne la *faculté* de purger ; auparavant la loi du 28 février 1852 leur en imposait l'obligation.

1516. Deuxième condition. *Pour pouvoir purger, il faut n'être pas personnellement obligé au paiement de la dette* (argument de l'expression *tiers détenteur* de l'art. 2181). Cpr. Cass., 5 décembre 1882, Sir., 85.1. 115. Le seul droit qui appartienne à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, personnellement obligé au paiement de la dette hypothécaire, c'est de payer intégralement le créancier, en supposant que le terme soit échu, ou, s'il ne l'est pas, qu'il ait été stipulé en faveur du débiteur seulement et non du créancier. Mais l'acquéreur ne peut pas par la purge forcer le créancier à recevoir un paiement anticipé, que son contrat lui donne le droit de refuser, encore moins l'obliger à se contenter d'un paiement partiel. Ce serait changer les conditions du contrat, et pareil droit ne saurait appartenir à celui qui est personnellement obligé à la dette.

Au cas où le nouveau propriétaire est personnellement tenu de l'une seulement des dettes dont l'immeuble est grevé, nous croyons qu'il peut purger, si la purge ne doit porter aucune atteinte au droit du créancier envers lequel il se trouve personnellement obligé, c'est-à-dire si elle doit procurer à ce créancier un paiement intégral, et si d'autre part elle ne doit pas avoir pour résultat de le forcer à recevoir un paiement anticipé que son contrat lui donne le droit de refuser.

Est-il utile de dire que le débiteur de la dette ne peut pas purger ? Ses héritiers ou autres successeurs universels (donataires ou légataires universels) ne le peuvent pas davantage ; car ils n'ont pas plus de droits que leur auteur. L'héritier pour partie ne pourrait même pas purger les immeubles tombés dans son lot, en offrant de payer intégralement sa part héréditaire des dettes hypothécaires.

§ II. *Des acquisitions dispensées de la purge.*

1517. La purge ayant pour but de réaliser et d'épuiser le droit hypothécaire, en déterminant d'une manière définitive le prix sur lequel s'exercera le droit des créanciers inscrits, il en résulte que cette opération n'est pas nécessaire, à la suite de certaines acquisitions, qui sont faites dans des conditions telles qu'elles offrent aux créanciers, pour la fixation du prix, des garanties équivalentes ou supérieures à celles que leur offrirait la purge elle-même. Ces acquisitions purgent donc de plein droit les hypothèques dont l'immeuble est grevé, sous la seule condition du paiement du prix. C'est ce qui a lieu :

1° Au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le droit des créanciers hypothécaires ne peut plus s'exercer que sur l'indemnité d'expropriation, sauf la faculté qui leur appartient d'exiger que cette indemnité soit fixée par le jury d'expropriation ; mais ils ne peuvent en aucun cas surenchérir : ce dont ils n'ont pas le droit de se plaindre, l'indemnité allouée par le jury étant presque toujours supérieure au prix que pourrait produire une vente aux enchères. Voyez les art. 17 et 19 de la loi du 3 mai 1841.

2° Pour les jugements d'adjudication sur saisie immobilière, quand ils sont devenus définitifs et qu'ils ont été dûment transcrits. L'art. 717 al. 7 du code de procédure civile dit à ce sujet : « Le jugement d'adju- » dication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créan- » ciers n'ont plus d'action que sur le prix ».

3° Enfin pour les adjudications prononcées à la suite d'une surenchère. *Surenchère sur surenchère ne vaut.*

§ III. *Formalités de la purge des hypothèques inscrites.*

N° 1. Notions générales sur ces formalités.

1518. Le mécanisme de la purge des hypothèques inscrites est assez compliqué ; aussi n'est-il pas inutile d'en donner une idée sommaire avant d'entrer dans les détails.

Le tiers détenteur, qui veut purger l'immeuble par lui acquis des privilèges ou des hypothèques inscrites dont il se trouve grevé, est autorisé à adresser aux créanciers inscrits la proposition suivante : » L'immeuble, que je détiens et qui vous est affecté hypothécairement, vaut une somme de...: c'est le prix que je l'ai payé, ou bien, s'il s'agit d'un immeuble acquis par échange ou donation, c'est l'estimation que je lui donne. Je vous offre cette somme, pour être distribuée entre vous par ordre d'hypothèques ; voulez-vous accepter ? »

Si tous les créanciers acceptent l'offre faite par le tiers détenteur, il suffira à celui-ci de leur payer la somme offerte, suivant l'ordre des inscriptions, ou de la consigner, pour que l'immeuble soit dégrevé entre ses mains de toutes les charges hypothécaires.

Mais les offres du tiers détenteur ne s'imposent pas aux créanciers inscrits ; peut-être sont-elles insuffisantes, la somme offerte étant sensiblement inférieure à la véritable valeur de l'immeuble. Aussi tout créancier inscrit a-t-il le droit, s'il le juge utile à ses intérêts, de requérir la mise aux enchères de l'immeuble. Et toutefois, comme la vente aux enchères n'a sa raison d'être qu'autant qu'elle doit produire un prix supérieur à celui offert par le tiers détenteur, le créancier qui requiert la mise aux enchères est tenu de porter ou de faire porter le prix d'adjudication à un dixième en sus de celui offert par le tiers détenteur ; en d'autres termes, il doit mettre une première enchère d'un dixième, et c'est pourquoi l'on désigne la réquisition de mise aux enchères sous le nom de *surenchère*. Si cette première enchère n'est pas dépassée, le créancier surenchérisseur est déclaré adjudicataire.

Telle est dans ses grandes lignes la procédure de la purge. En définitive, les créanciers inscrits n'ont droit qu'au prix de l'immeuble : c'est en ce sens que l'immeuble est leur gage. Le droit hypothécaire est épuisé et satisfait, du moment que ce prix leur a été distribué inté-

gralement suivant l'ordre des inscriptions ; or c'est précisément à ce résultat que conduit la purge.

Il est vrai que certains créanciers pourront ainsi se trouver contraints de recevoir leur paiement avant l'échéance, contrairement à la loi du contrat; il est vrai encore que la purge surviendra peut-être à un moment où la valeur de l'immeuble se trouve temporairement dépréciée, auquel cas elle pourra causer préjudice aux créanciers inscrits; car, en attendant un peu, ils auraient pu retirer de l'immeuble, par la vente aux enchères, un prix supérieur à celui offert par le tiers détenteur.

Mais que d'avantages en regard de ces quelques inconvénients! D'abord, ce sera tout à fait exceptionnellement que la purge forcera les créanciers inscrits à se contenter d'un prix inférieur à celui qu'ils retireraient d'une vente aux enchères faite en temps opportun ; normalement elle leur procurera un prix plus élevé. Car le plus souvent l'acquéreur qui purge est un acheteur, et son prix d'acquisition, qu'il offre aux créanciers, est ordinairement supérieur au prix d'une adjudication sur saisie, les ventes amiables s'effectuant en général dans des conditions plus avantageuses que les ventes forcées sur saisie. Qui ne sait qu'un bien est déprécié, par cela seul qu'il se vend en justice, et que les ventes de cette nature entraînent des frais considérables qui viennent diminuer d'autant le prix? En tout cas, la purge procure aux créanciers un paiement beaucoup plus prompt que l'expropriation forcée avec ses lenteurs proverbiales. Enfin elle permet le plus souvent à l'acquéreur de conserver le bien dont il est devenu propriétaire, et prévient ainsi le recours en garantie que son éviction engendrerait contre son vendeur.

Généralement la purge profite donc à tous : aux créanciers, qui obtiennent un paiement plus prompt et souvent plus complet; à l'acquéreur, qui conserve son bien; au débiteur, qui échappe à un recours en garantie. Elle ne nuit qu'accidentellement à quelques-uns. Voilà sa raison d'être.

N° 2. Détails sur les formalités de la purge des hypothèques inscrites.

1519. Le tiers détenteur qui veut purger doit commencer par faire transcrire son titre d'acquisition (art. 2181), puis adresser à tous les créanciers inscrits des notifications dont la teneur est indiquée par les art. 2183 et 2184.

1. *Transcription du titre d'acquisition.*

1520. « *Les contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou droits* » *réels immobiliers, que les tiers détenteurs voudront purger de privilèges* » *et hypothèques seront transcrits en entier par le conservateur des hypo-* » *thèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés* ». Ainsi s'exprime l'art. 2181 al. 1.

Depuis la loi du 23 mars 1855, l'exigence du texte que nous venons de transcrire se justifie très facilement. Aujourd'hui les aliénations d'immeubles ne deviennent opposables aux tiers que par la transcription. Il en résulte notamment que les créanciers, ayant privilège ou hypothèque du chef du précédent propriétaire, peuvent utilement s'inscrire jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation. Dans ce système, on comprend à merveille que le nouveau propriétaire, qui veut

procéder à la purge dont il est question dans notre chapitre, doive préalablement faire transcrire son titre. Il s'agit, qu'on le remarque bien, de la purge des hypothèques *inscrites ;* or, avant de procéder à cette opération, il faut de toute nécessité commencer par arrêter définitivement la liste des hypothèques à purger, c'est-à-dire la liste des inscrits. Pour cela, la transcription est indispensable ; car tant qu'elle n'a pas été effectuée, les créanciers ayant privilège ou hypothèque du chef du précédent propriétaire peuvent utilement s'inscrire. Si le nouveau propriétaire purgeait avant de transcrire, il s'exposerait à voir apparaître de nouvelles inscriptions pendant le cours des opérations de la purge ou après qu'elles seraient terminées, et la purge ne serait pas opposable à ces nouveaux venus ; l'opération serait incomplète, boiteuse. Le seul moyen d'éviter cet inconvénient est de transcrire ; on purgera ainsi du même coup toutes les hypothèques non inscrites procédant du chef du précédent propriétaire, et on saura d'une manière définitive quels sont les créanciers avec lesquels il faut compter.

Sous l'empire du code civil, au contraire, et en admettant, comme l'avait fait la jurisprudence, que la transcription n'était pas nécessaire pour rendre les aliénations d'immeubles opposables aux tiers, il était difficile de donner une explication satisfaisante de l'art. 2181. Dans ce système, l'aliénation toute seule, indépendamment de la transcription, suffisait pour purger les hypothèques non inscrites acquises du chef du précédent propriétaire (*supra*, n. 1430) ; alors pourquoi exigeait-on la transcription comme préliminaire de la purge des hypothèques inscrites ?

1521. Le nouveau propriétaire, qui veut procéder à la purge dont il est question dans notre chapitre, agira prudemment en faisant transcrire, non seulement son titre, mais aussi ceux des propriétaires antérieurs, s'ils ne l'ont été déjà. En effet, il semble résulter de l'art. 6 al. 1 de la loi du 23 mars 1855 qu'en transcrivant son titre seulement, le nouveau propriétaire ne purge que les droits de privilège ou d'hypothèque non inscrits procédant du chef *du précédent propriétaire,* et non d'une manière générale ceux qui procèdent du chef *des précédents propriétaires.* L'acquéreur, qui, en pareil cas, purgerait, après avoir transcrit son titre seulement, s'exposerait donc à être inquiété par des créanciers, qui s'inscriraient plus tard du chef d'un propriétaire antérieur dont le titre n'aurait pas été transcrit.

1522. Tout acquéreur qui veut purger doit faire transcrire son titre, l'acquéreur à titre gratuit aussi bien que l'acquéreur à titre onéreux. La pratique fait l'application de cette règle même au légataire particulier, bien que l'art. 2181 ne parle que de la transcription des *contrats,* et que, d'après l'économie générale de la loi du 23 mars 1855, la formalité de la transcription soit étrangère aux dispositions testamentaires.

1523. La loi dit que le titre de l'acquéreur doit être transcrit *en entier :* ce qu'il faut entendre dans ce sens que la transcription doit consister en une copie littérale, et non en un simple extrait. Mais il n'est pas toujours nécessaire que le titre soit *transcrit,* c'est-à-dire *copié* tout au long. Un même acte peut contenir des dispositions complexes ; il suffira en pareil cas de transcrire la partie de l'acte qui constitue le titre d'acquisition du nouveau propriétaire. Ainsi le légataire particulier d'un immeuble, qui veut procéder à la purge des hypothèques inscrites sur cet immeuble, ne sera obligé de faire transcrire que la partie du testament relative à son legs, et non les autres dispositions qui y sont étrangères. De même, si le titre d'acquisition

du nouveau propriétaire est un partage, il lui suffira de faire transcrire la partie de l'acte de partage contenant l'attribution de l'immeuble qu'il s'agit de purger.

1524. Aux termes de l'art. 2181 al. 2 : « *Cette transcription se fera » sur un registre à ce destiné, et le conservateur sera tenu d'en donner » reconnaissance au requérant* ». Nous verrons bientôt quelle est l'utilité du certificat de transcription (*infra*, n. 1527).

La loi n'impartit aucun délai à l'acquéreur, qui prend l'initiative de la purge, pour opérer la transcription de son titre. Dans la pratique, il ne tardera guère à remplir cette formalité, qui est nécessaire pour rendre son droit opposable aux tiers, c'est-à-dire à ceux qui auraient acquis sur l'immeuble des droits réels du chef du précédent propriétaire.

1525. Nous nous bornons à reproduire l'art. 2182, dont la disposition n'offre guère d'utilité, son premier alinéa étant d'une évidence qui touche à la naïveté, et son second alinéa ne contenant qu'une application toute simple de la règle NEMO PLUS JURIS AD ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET : « *La simple transcription des titres translatifs » de propriété sur le registre du conservateur, ne purge pas les hypothè- » ques et privilèges établis sur l'immeuble. — Le vendeur ne transmet à » l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la » chose vendue : il les transmet sous l'affectation des mêmes privilèges et » hypothèques dont il était chargé* ».

2. *Notifications à faire aux créanciers inscrits.*

1526. La purge des hypothèques inscrites consiste en substance dans l'offre, faite par l'acquéreur aux créanciers inscrits, d'une somme représentant plus ou moins exactement la valeur de l'immeuble, avec faculté pour chaque créancier de refuser cette offre, s'il ne la trouve pas suffisante, et de requérir la mise aux enchères de l'immeuble. Les notifications dont nous allons parler ont pour but de porter la proposition de l'acquéreur à la connaissance des créanciers, et de leur fournir les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent opter en connaissance de cause entre ces deux partis : acceptation des offres du tiers détenteur; refus de ces offres, manifesté par une réquisition de mise aux enchères.

Aux termes de l'art. 2183 al. 1 : « *Si le nouveau propriétaire veut » se garantir de l'effet des poursuites autorisées dans le chapitre VI du » présent titre, il est tenu, soit avant les poursuites, soit dans le mois, » au plus tard, à compter de la première sommation qui lui est faite, de » notifier aux créanciers, aux domiciles par eux élus dans leurs inscrip- » tions...* ».

Les notifications dont nous allons parler doivent être adressées séparément à chacun des créanciers inscrits.

Elles doivent être faites, dit la loi, *aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions.* Le nouveau propriétaire serait dispensé d'adresser des notifications aux créanciers, qui auraient omis de faire l'élection de domicile requise par l'art. 2148-1°. Il est d'ailleurs loisible au nouveau propriétaire de faire les notifications aux domiciles réels des créanciers; car c'est dans son intérêt exclusif que la loi autorise la notification aux domiciles élus, et il est libre de renoncer à cette faveur. Cass., 26 novembre 1884, Sir., 86. 1. 63.

Bien entendu, les notifications ne doivent être adressées qu'aux créanciers inscrits antérieurement à la transcription du titre du nouveau propriétaire : il n'y a pas à s'occuper de ceux inscrits après.

Le défaut de notifications à un créancier, inscrit en temps utile, ne peut être invoqué que par lui, et non par les autres.

Si le nouveau propriétaire prend l'initiative de la purge, aucun délai fatal ne s'impose à lui pour les notifications dont il s'agit.

Il n'en est plus de même, s'il s'est laissé prévenir par les poursuites des créanciers hypothécaires. Il doit alors, sous peine de déchéance, faire les notifications *dans le mois,* c'est-à-dire dans le délai de trente jours; car, d'après le calendrier républicain, qui était en vigueur à l'époque où le code civil a été rédigé, tous les mois de l'année avaient une durée égale de trente jours. Ce délai court à compter *de la première sommation* qui est faite au tiers détenteur. Il s'agit de la sommation de payer ou de délaisser, dont il est question dans l'art. 2169, et non, comme on se l'était figuré dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du code civil, d'une sommation de purger. On ne conçoit pas une sommation de purger, la purge étant toujours facultative pour le tiers détenteur. La loi dit : *de la première sommation,* parce qu'il peut en avoir été fait plusieurs par des créanciers différents; la première profite à tous, en ce sens qu'elle fait courir le délai pour tous. Après l'expiration du délai dont nous venons de parler, l'acquéreur est définitivement déchu de la faculté de purger, à moins cependant que la sommation ne soit tombée en péremption.

1527. Ce que doivent contenir les notifications. — L'art. 2183 répond à cette question dans sa seconde partie; nous nous bornerons à peu près à reproduire sa disposition.

Le nouveau propriétaire doit notifier à chaque créancier :

1° « *Extrait de son titre, contenant seulement la date et la qualité de* » *l'acte, le nom et la désignation précise du vendeur ou du donateur, la* » *nature et la situation de la chose vendue ou donnée; et, s'il s'agit d'un* » *corps de biens, la dénomination générale seulement du domaine et des* » *arrondissements dans lesquels il est situé, le prix et les charges fai-* » *sant partie du prix de la vente, ou l'évaluation de la chose, si elle a été* » *donnée* » ;

= *Extrait de son titre.* C'est dans le but de procurer l'économie de quelques frais que la loi n'a pas exigé une copie intégrale du titre.

Entre autres énonciations, l'extrait doit contenir, dit la loi, *le prix et les charges faisant partie du prix de la vente, ou l'évaluation de la chose, si elle a été donnée.*

= *Le prix et les charges faisant partie du prix de vente.* Entendez par *charges faisant partie du prix* toutes les prestations que le nouveau propriétaire est tenu d'acquitter, en vertu de son titre, en sus de son prix, et qui doivent profiter directement ou indirectement au vendeur, comme l'obligation de payer les contributions échues lors de la vente, ou de servir une rente viagère au vendeur, ou de construire une maison pour son compte. Les charges devront être évaluées toutes les fois qu'elles

consisteront en une obligation autre que celle de payer un capital, comme il arrive dans les deux exemples cités en dernier lieu, rente viagère et constructions. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument de l'art. 2184, aux termes duquel l'acquéreur doit déclarer qu'il est prêt à acquitter immédiatement les dettes et charges hypothécaires *jusqu'à concurrence du prix :* ce qui comprend évidemment les charges faisant partie du prix.

= *L'évaluation de la chose, si elle a été donnée.* Cette disposition doit être généralisée, et appliquée à tous les cas dans lesquels le titre du nouveau propriétaire ne comporte pas l'expression d'un prix : ce qui arrive notamment lorsque l'immeuble a été acquis à titre d'échange.

2° « *Extrait de la transcription de l'acte de vente* »;

Le législateur veut probablement parler du *certificat de transcription,* dont il est question dans l'art. 2181 *in fine* (*supra,* n. 1524). En effet un extrait de la transcription ne pourrait être autre chose qu'un extrait du titre, puisque la transcription est la copie littérale du titre, et la notification de cet extrait ferait ainsi double emploi avec celle de l'extrait du titre, dont la loi vient de parler à l'instant même. Ce qui donne à cette interprétation presque le caractère de la certitude, c'est que la loi du 11 brumaire de l'an VII, à laquelle on a beaucoup emprunté en cette matière, parle précisément d'un *certificat de transcription.*

3° « *Un tableau sur trois colonnes, dont la première contiendra la date* » *des hypothèques et celle des inscriptions ; la seconde, le nom des créan-* » *ciers ; la troisième, le montant des créances inscrites* ».

L'art. 2184 ajoute : « *L'acquéreur ou le donataire déclarera, par le* » *même acte, qu'il est prêt à acquitter, sur-le-champ, les dettes et charges* » *hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du prix, sans distinction* » *des dettes exigibles ou non exigibles* ».

= *Sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles.* D'après la loi du 11 brumaire de l'an VII, l'acquéreur qui voulait purger ne devait offrir le paiement des dettes non exigibles que pour l'époque de leur exigibilité : ce qui était peut-être plus rationnel.

1528. Supposons que le nouveau propriétaire ait commis quelque irrégularité dans les notifications, en négligeant de se conformer exactement aux prescriptions des art. 2183 et 2184 ; quelle en sera la conséquence ? La loi ne s'explique pas sur ce point. Son silence ne permet guère d'attacher la nullité comme sanction à toute irrégularité, quelle qu'elle soit ; les nullités ne se suppléent pas. D'un autre côté, il paraît impossible d'admettre que les notifications doivent toujours être considérées comme valables, si informes qu'elles soient. La conclusion est qu'il faut appliquer ici la théorie des *nullités virtuelles.* Le juge appréciera, dans chaque hypothèse sur laquelle il sera appelé à statuer, si l'irrégularité commise est assez grave pour que les notifications doivent être considérées comme ne remplissant pas le but en vue duquel la loi les exige et qui est d'éclairer chaque créancier sur sa véritable situation hypothécaire. En d'autres termes, il y aura nullité, lorsque l'irrégularité commise sera de nature à induire le créancier, auquel la notification est adressée, dans quelque erreur qui puisse lui être préjudiciable.

Ainsi supposons une notification qui contient une erreur dans l'indication du prix.

Si l'erreur est en plus, la notification ne sera pas nulle; mais le créancier, auquel cette notification a été adressée, pourra exiger dans la mesure de son intérêt le paiement du prix indiqué et offert par l'acquéreur. Si au contraire l'erreur est en moins, le juge devra le plus souvent la considérer comme une cause de nullité; car elle peut avoir pour résultat de forcer le créancier à s'engager dans la voie périlleuse de la surenchère, à laquelle il aurait peut-être pu se dispenser de recourir s'il eût connu la vérité.

D'ailleurs la nullité, résultant de l'irrégularité d'une notification, ne peut être invoquée que par le créancier auquel cette notification a été adressée, et non par les autres créanciers qui ont reçu des notifications satisfaisant aux prescriptions de la loi.

3. *But et effet des notifications. Droit d'option des créanciers.*

1529. Les notifications, prescrites par les art. 2183 et 2184, ont pour but de mettre chaque créancier inscrit en mesure, en même temps qu'en demeure, d'exercer en connaissance de cause le droit d'option qui s'offre à lui, et dont les deux termes sont : l'acceptation des offres du nouveau propriétaire, ou le refus de ces offres manifesté par une réquisition de mise aux enchères. Ces notifications contiennent en effet tous les renseignements nécessaires pour éclairer chaque créancier sur sa véritable situation, pour lui permettre de savoir exactement s'il sera ou non payé sur la somme offerte.

Comme nous le verrons bientôt, un délai de quarante jours, sauf prolongation à raison de la distance, est accordé à chaque créancier pour prendre parti. C'est le délai ordinaire des options (art. 795 al. 2 et 1457). Nous allons examiner successivement les conséquences de la détermination prise par les créanciers, suivant qu'ils acceptent ou refusent les offres à fin de purge.

1530. Premier terme du droit d'option. *Acceptation des offres du tiers détenteur.* Pour chaque créancier l'acceptation des offres faites par le nouveau propriétaire peut être expresse, tacite ou forcée.

a. — L'acceptation *expresse* est celle qui est faite *expressis verbis;* elle est à peu près inconnue dans la pratique, et la loi n'en parle pas.

b. — L'acceptation *tacite* résulte, pour chaque créancier, de son inaction pendant le délai qui lui est accordé pour opter. En d'autres termes, tout créancier, qui laisse expirer le délai de l'option, sans manifester par une réquisition de mise aux enchères son intention de refuser les offres du nouveau propriétaire, est considéré comme les ayant tacitement acceptées (art. 2186).

Les créanciers inscrits ne manqueront pas d'accepter expressément ou tacitement les offres du nouveau propriétaire, lorsqu'elles seront suffisantes pour le paiement intégral des charges hypothécaires. Même dans le cas où elles seraient insuffisantes, ils les accepteront encore, s'ils ont la conviction qu'une vente aux enchères ne produirait pas une somme sensiblement supérieure.

c. — Enfin il y a acceptation *forcée* de la part du créancier, qui a fait une réquisition de mise aux enchères nulle pour inobservation des formes prescrites par la loi (art. 2185, *in fine*).

1531. Lorsque tous les créanciers ont accepté les offres à fin de purge (peu importe que l'acceptation soit expresse, tacite ou forcée), le prix de l'immeuble demeure définitivement fixé à la somme offerte, et les charges hypothécaires sont purgées sous la condition que le prix sera payé aux divers ayant droit ou consigné. C'est ce que dit l'art. 2186 : « *A défaut, par les créanciers, d'avoir requis la mise aux* » *enchères dans le délai et les formes prescrits, la valeur de l'immeuble* » *demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré* » *par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence, libéré de tout* » *privilège et hypothèque, en payant ledit prix aux créanciers qui seront* » *en ordre de recevoir, ou en le consignant* ».

Le nouveau propriétaire a le choix entre le paiement et la consignation. Généralement la prudence lui conseillera de consigner ; car, s'il payait mal, c'est-à-dire à des créanciers qui ne seraient pas en ordre de recevoir, il serait obligé de payer deux fois. Le nouveau propriétaire qui veut consigner n'est pas obligé de faire préalablement des offres réelles aux divers ayant droit ; il n'a pas besoin non plus d'obtenir une autorisation judiciaire, la consignation étant autorisée par la loi.

1532. Frais de la purge. — Les frais, occasionnés par la purge d'un immeuble aliéné à titre de vente, doivent, sauf stipulation contraire, être supportés par le vendeur, lorsque les offres faites par l'acheteur ne sont pas suivies de surenchère. En effet ces frais sont nécessaires pour l'accomplissement de l'obligation, dont le vendeur est tenu envers l'acheteur, de lui faire avoir l'immeuble libre de toutes charges. L'acheteur, qui a avancé ces frais, a donc le droit de les déduire sur son prix (arg. art. 774 C. pr.).

1533. B. Deuxième terme du droit d'option. *Refus des offres du tiers détenteur, manifesté par une réquisition de mise aux enchères.* Aux termes de l'art. 2185 al. 1 : « *Lorsque le nouveau propriétaire a fait* » *cette notification dans le délai fixé, tout créancier dont le titre est ins-* » *crit, peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications* » *publiques...* ».

Ainsi tout créancier inscrit peut refuser les offres faites à fin de purge, s'il ne les trouve pas suffisantes. Le mode légal d'exercice de ce refus consiste dans la réquisition de mise aux enchères de l'immeuble hypothéqué. Cela s'appelle *surenchérir,* parce que le créancier, qui requiert la mise aux enchères, met lui-même une première enchère d'un dixième sur le prix offert.

Le droit de surenchère est essentiel en matière de purge ; autrement les créanciers n'auraient pas la certitude d'obtenir la véritable valeur de leur gage : ils seraient à la merci du débiteur et du nouveau propriétaire, et pourraient être victimes de fraudes nombreuses, notamment d'une dissimulation de prix. En fait, les créanciers usent rare-

ment de la surenchère, parce que la menace qu'elle suspend sur la tête des acquéreurs suffit ordinairement pour les déterminer à faire des offres suffisantes, afin de n'être pas évincés. Parfois même il arrive que les créanciers acceptent des offres un peu inférieures à la véritable valeur de l'immeuble, à cause de l'incertitude du résultat des ventes faites en justice et surtout des frais qu'entraîne la surenchère, frais qui naturellement diminuent d'autant le prix de l'adjudication.

Le droit de surenchérir appartient à tout créancier inscrit, pourvu bien entendu que son inscription ait été prise en temps utile, c'est-à-dire avant la transcription du titre du nouveau propriétaire, et qu'elle ne soit pas périmée. Cette circonstance, qu'un créancier inscrit n'a pas reçu les notifications prescrites par les art. 2183 et 2184, ne le priverait pas de la faculté de surenchérir. On s'accorde aussi à reconnaître que la surenchère pourrait valablement être faite par un créancier, titulaire d'une hypothèque légale dispensée d'inscription et non inscrite. Mieux vaut admettre ces divers créanciers à surenchérir que de s'exposer à les voir, les opérations de la purge une fois terminées, exercer leur droit de suite en saisissant l'immeuble.

1534. Capacité requise pour surenchérir. — Pour pouvoir surenchérir, il faut avoir la capacité de s'obliger ; car le créancier surenchérisseur s'oblige à porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui offert par le nouveau propriétaire (art. 2185-2°).

Il en résulte : 1° qu'une femme mariée ne peut pas surenchérir sans être autorisée comme de droit ; 2° que la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut pas surenchérir sans l'assistance de son conseil (arg. art. 499 et 513) ; 3° ni le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur ; 4° que le mineur non émancipé ne peut pas surenchérir ; mais son tuteur le peut pour lui, et nous croyons qu'il n'a pas besoin d'obtenir à cet effet l'autorisation du conseil de famille, car le pire qui puisse arriver, c'est que la surenchère conduise à une acquisition d'immeuble pour le compte du mineur, et aucun texte n'oblige le tuteur à obtenir l'autorisation du conseil de famille pour accomplir un acte de cette nature. Cpr. t. I, n. 1057. V. en sens contraire, Toulouse, 26 mai 1883, Sir., 84. 2. 97.

L'insolvabilité du créancier surenchérisseur ne constituerait pas contre lui une fin de non-recevoir. La loi a pourvu au danger que peut faire naître cette insolvabilité en exigeant une caution (art. 2185-5°).

1535. Conditions requises pour la validité de la surenchère. — Ces conditions, au nombre de cinq, sont énumérées par l'art. 2185. La réquisition de mise aux enchères n'est valable qu'à la charge :

« 1° *Que cette réquisition sera signifiée au nouveau propriétaire, dans* » *quarante jours, au plus tard, de la notification faite à la requête de ce* » *dernier, en y ajoutant deux jours par cinq myriamètres de distance* » *entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant* » ;

Le délai de quarante jours court, pour chaque créancier séparément, à compter de la notification qui a dû lui être faite aux termes des art. 2183 et 2184.

Il peut y avoir lieu à augmentation de ce délai à raison de la distance, lorsque le domicile réel du créancier n'est pas situé au même lieu que son domicile élu. La raison en est qu'il faudra en pareil cas un certain temps pour que la signification, faite au domicile élu, parvienne au domicile réel du créancier, où il pourra en prendre connaissance ; et, si on imputait ce temps sur le délai accordé pour l'option, ce

délai se trouverait réduit d'autant. La loi du 11 brumaire an VII n'avait pas songé à ce détail. Le délai à raison de la distance, qui est, aux termes de notre disposition, de deux jours par cinq myriamètres, a été réduit de moitié par la loi du 3 mai 1862, résultat de l'influence des chemins de fer sur la procédure.

Tout créancier, qui a laissé passer le délai légal, sans requérir dans les formes prescrites la mise aux enchères de l'immeuble, est définitivement déchu du droit de surenchérir.

« 2° *Qu'elle* [la réquisition] *contiendra soumission du requérant, de* » *porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été* » *stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire* »;

La mise à prix de l'immeuble sera donc fixée à une somme égale au prix offert par le nouveau propriétaire, augmentée d'un dixième, et le créancier surenchérisseur demeurera adjudicataire pour cette somme, si aucune enchère nouvelle ne se produit. On voit qu'il faut y regarder à deux fois avant de surenchérir. C'est précisément là le but de cette disposition, qui a été écrite pour empêcher les surenchères faites à la légère.

* La loi du 11 brumaire de l'an VII n'exigeait qu'une surenchère du vingtième; la loi belge du 16 décembre 1851 en est revenue à ce taux. Il paraît que la surenchère du dixième, exigée par le code civil, en y joignant les frais qu'elle entraîne, conduit en définitive à une majoration de 30 °/o sur le prix offert.

La surenchère du dixième, doit porter sur le montant de l'offre faite par le nouveau propriétaire, par conséquent, au cas où la purge a lieu à la suite d'une vente, non seulement sur le prix et sur les charges faisant partie du prix, mais encore sur la somme que le nouveau propriétaire aurait offerte en sus. Ainsi le prix et les charges s'élèvent à 80,000 fr.; le nouveau propriétaire offre aux créanciers 20,000 fr. en sus, soit 100,000 fr. au total. La surenchère du dixième devra porter sur cette somme ; elle sera donc de 10,000 fr. : ce qui portera la mise à prix à 110,000 fr. Si elle ne devait, dans l'espèce, porter que sur le prix et sur les charges, la mise à prix ne s'élèverait qu'à 88,000 fr., et l'adjudication pourrait ainsi avoir lieu pour une somme inférieure à celle offerte par le nouveau propriétaire : ce qui est inadmissible. *Adde* argument des mots *déclaré par le nouveau propriétaire.*

Le créancier surenchérisseur peut valablement déclarer qu'il s'engage à porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui a été offert par le nouveau propriétaire, sans indiquer le chiffre auquel sa soumission se trouvera ainsi portée.

« 3° *Que la même signification sera faite dans le même délai au précé-* » *dent propriétaire, débiteur principal* »;

Le précédent propriétaire, que la loi suppose ici être le débiteur principal, ce qui est le cas le plus ordinaire, a intérêt à être informé de la réquisition de mise aux enchères; car le plus souvent il est tenu à la garantie envers son acquéreur, et se trouve intéressé à ce titre à conjurer par tous les moyens possibles l'éviction dont cet acquéreur est menacé par suite de la surenchère.

Si le précédent propriétaire et le débiteur principal sont deux personnes différentes, ainsi qu'il arrivera notamment au cas d'une hypothèque constituée par le propriétaire d'un immeuble pour la dette d'autrui, alors il faut, pour satisfaire au vœu de la loi, notifier à l'un et à l'autre la réquisition de mise aux enchères. Pour exprimer cette proposition, au lieu de la sous-entendre, il aurait suffi de dire que la notification doit être faite *au précédent propriétaire* ET AU *débiteur principal.* C'est

la rédaction que la loi belge du 16 décembre 1851 a substituée à celle de notre article 2185-3°.

On voit, en résumé, qu'il peut être nécessaire de notifier la réquisition de mise aux enchères à trois personnes différentes, savoir : 1° le nouveau propriétaire, intéressé évidemment à connaître le sort des offres qu'il a faites (art. 2185-1°); 2° le précédent propriétaire, pour qu'il conjure, si faire se peut, une éviction dont il est garant; 3° le débiteur principal, pour qu'il essaye de se soustraire, en payant, au recours que la vente publique de l'immeuble ferait naître contre lui.

4° « *Que l'original et les copies de ces exploits seront signés par le* » *créancier requérant, ou par son fondé de procuration expresse, lequel,* » *en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration* » ;

Cette disposition a pour but d'empêcher les avoués d'engager trop légèrement leurs clients dans la voie périlleuse de la surenchère.

5° *Qu'il* [le créancier surenchérisseur], *offrira de donner caution* » *jusqu'à concurrence du prix et des charges* » ;

On évite ainsi les conséquences de l'insolvabilité du surenchérisseur.

Aux termes de l'art. 832 al. 2, 3 et 4 du code de procédure civile : *L'acte de* » *réquisition de mise aux enchères contiendra, avec l'offre et l'indication de la cau-* » *tion, assignation à trois jours devant le tribunal, pour la réception de cette cau-* » *tion, à laquelle il sera procédé comme en matière sommaire. Cette assignation sera* » *notifiée au domicile de l'avoué constitué; il sera donné copie, en même temps, de* » *l'acte de soumission de la caution et du dépôt au greffe des titres qui constatent* » *sa solvabilité. — Dans le cas où le surenchérisseur donnerait un nantissement en* » *argent ou en rentes sur l'Etat, à défaut de caution, conformément à l'article 2041* » *du Code civil, il fera notifier avec son assignation copie de l'acte constatant la réa-* » *lisation de ce nantissement. — Si la caution est rejetée, la surenchère sera déclarée* » *nulle et l'acquéreur maintenu, à moins qu'il n'ait été fait d'autres surenchères par* » *d'autres créanciers* ».

L'obligation de la caution est indéfinie : elle répond de tous les engagements que le créancier surenchérisseur contracte en cette qualité.

L'Etat, qui fait une réquisition de mise aux enchères, n'est pas obligé de fournir caution. Il en est formellement dispensé par une loi du 21 février 1827, votée à la suite d'un arrêt de la cour de cassation du 9 août 1826, qui avait annulé une réquisition de mise aux enchères faite par l'Etat, parce qu'il n'avait pas fourni caution.

L'art. 2185 se termine par ces mots : « *Le tout à peine de nullité* ».

1536. Mentionnons, pour compléter ces dispositions, l'art. 832 al. 1 du code de procédure civile, ainsi conçu : « Les notifications et réquisitions prescrites par les » articles 2183 et 2185 du Code civil seront faites par un huissier commis à cet effet, » sur simple requête, par le président du tribunal de première instance de l'arron- » dissement où elles auront lieu; elles contiendront constitution d'avoué près le » tribunal où la surenchère et l'ordre devront être portés ». La sanction de la nullité est attachée à l'inobservation de cette formalité, ainsi que de celle prescrite par l'alinéa 2 du même texte, cité tout à l'heure (art. 838 al. 3).

1537. Effet d'une réquisition valable de mise aux enchères. — Régulièrement, une réquisition de mise aux enchères, faite conformément aux prescriptions de la loi, aboutit à la vente en justice des biens surenchéris. L'art. 2187 va nous dire en quelles formes se fait cette vente : « *En cas de revente sur enchères, elle aura lieu suivant les*

» *formes établies pour les expropriations forcées, à la diligence soit du* » *créancier qui l'aura requise, soit du nouveau propriétaire. — Le pour-* » *suivant énoncera dans les affiches le prix stipulé dans le contrat, ou* » *déclaré, et la somme en sus à laquelle le créancier s'est obligé de la* » *porter ou faire porter* ».

= *Suivant les formes établies pour les expropriations forcées.* Ces formes sont réglées par les art. 836, 837 et 838 du code de procédure civile.

= *A la diligence soit du créancier qui l'a requise, soit du nouveau propriétaire.* Ce dernier a intérêt en effet à sortir le plus promptement possible de la situation indécise, où il se trouve placé par la réquisition de mise aux enchères.

En outre, tout créancier inscrit non surenchérisseur est autorisé à se faire subroger aux poursuites, si le surenchérisseur ou le nouveau propriétaire ne donne pas suite à l'action dans le mois de la surenchère (C. pr., art. 833).

1538. La réquisition de mise aux enchères, formée par l'un des créanciers inscrits, profite à tous, en ce sens que le surenchérisseur ne peut pas valablement se désister sans le consentement exprès de tous les créanciers inscrits. C'est ce que dit l'art. 2190 : « *Le désistement du* » *créancier requérant la mise aux enchères, ne peut, même quand le* » *créancier paierait le montant de la soumission, empêcher l'adjudication* » *publique, si ce n'est du consentement exprès de tous les autres créan-* » *ciers hypothécaires* ». La raison en est que la surenchère, faite par l'un des créanciers, a peut-être empêché les autres de surenchérir eux-mêmes : ils se sont abstenus, parce qu'ils ont compté sur le résultat de la surenchère déjà formée. Si cette surenchère pouvait ne pas aboutir, par suite du désistement du créancier qui l'a formée, les autres se verraient trompés dans leurs prévisions, et se trouveraient réduits à se contenter des offres du tiers détenteur quoique insuffisantes; car il est probablement aujourd'hui trop tard pour former une nouvelle surenchère, les délais étant expirés. Voilà pourquoi la loi ne permet pas au surenchérisseur de se désister sans le consentement de tous les autres créanciers; et, pour éviter toute incertitude, elle exige un consentement exprès. Vainement le surenchérisseur offrirait-il de payer le montant de sa soumission, c'est-à-dire la somme offerte par le nouveau propriétaire et le dixième en sus. Cela ne lui permettrait pas de se désister, si les autres créanciers n'y consentent pas. Ceux-ci peuvent avoir intérêt à ce que la réquisition de mise aux enchères suive son cours; car ils sont en droit d'espérer que l'adjudication, qui en sera le couronnement, produira une somme supérieure au prix offert par le nouveau propriétaire, augmenté d'un dixième, et ils ont la certitude qu'elle ne produira pas moins.

Les effets de la réquisition de mise aux enchères ne peuvent pas non plus être paralysés par l'offre, que ferait le nouveau propriétaire, de désintéresser complètement le créancier surenchérisseur.

Cependant, si le nouveau propriétaire payait tous les créanciers inscrits sans exception, la surenchère tomberait nécessairement dans le vide, parce que personne n'aurait plus d'intérêt à ce qu'elle suivît son cours.

Hors ce cas et celui d'un désistement accepté expressément par tous les créanciers inscrits, la réquisition de mise aux enchères conduira nécessairement à une adjudication publique au profit du plus offrant et dernier enchérisseur. Les effets de cette adjudication varient, suivant qu'elle est prononcée au profit du nouveau propriétaire ou d'un tiers; il faut examiner successivement ces deux hypothèses.

1539. Première hypothèse. *C'est le nouveau propriétaire qui se porte adjudicataire.* Alors l'adjudication n'est pas translative de propriété ; elle ne fait que confirmer un droit de propriété préexistant. Aussi l'art. 2189 dispose-t-il : « *L'acquéreur ou le donataire qui conserve l'im-* » *meuble mis aux enchères, en se rendant dernier enchérisseur n'est pas* » *tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication* ».

Cette disposition s'explique facilement à la lumière du principe, que la transcription est nécessaire pour rendre l'acquéreur d'un immeuble propriétaire à l'égard des tiers; elle allait donc toute seule sous l'empire de la loi du 11 brumaire de l'an VII à laquelle elle a été empruntée, et elle va toute seule aussi sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, qui a restitué à la transcription son ancien rôle. Mais il était presque impossible d'en rendre raison sous l'empire du code civil, en admettant, comme l'avait fait la jurisprudence, que le législateur de 1804 avait rendu la translation de la propriété des immeubles indépendante de la transcription. L'art. 2189 est l'un de ceux qui semblaient protester contre cette interprétation.

* On a soutenu bien à tort, en se fondant sur l'art. 1-4° de la loi du 23 mars 1855, que, depuis la promulgation de cette loi, le nouveau propriétaire, devenu adjudicataire, doit faire transcrire le jugement d'adjudication. L'esprit bien évident de la loi nouvelle est de ne soumettre à la transcription que les actes translatifs de propriété. La dispense de transcription établie par l'art. 2189 subsiste donc, puisqu'elle s'applique à un acte non translatif de propriété. Renversant une maxime bien connue, nous dirons : *generalia specialibus non derogant.*

*Toutefois le législateur de 1855 aurait peut-être bien fait d'exiger que le jugement d'adjudication, prononcé au profit du nouveau propriétaire, fût mentionné en marge de la transcription du titre de celui-ci.

1540. Deuxième hypothèse. — *L'adjudication est prononcée au profit d'un tiers.* Le jugement d'adjudication devra être transcrit, car il est ici translatif de propriété.

1541. Aux termes de l'art. 2191 : « *L'acquéreur qui se sera rendu* » *adjudicataire aura son recours tel que de droit contre le vendeur, pour* » *le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre, et pour* » *l'intérêt de cet excédant, à compter du jour de chaque paiement* ». C'est une application toute simple des règles de la garantie.

Le nouveau propriétaire ne pourrait pas exercer le recours en garantie dont parle l'art. 2191, s'il est acquéreur à titre gratuit, *donator*

de evictione non tenetur; à moins que la donation ne soit du nombre de celles qui donnent lieu exceptionnellement à la garantie (art. 1440). Il aurait seulement une action *negotiorum gestorum* contre le donateur, si la dette hypothécaire est la sienne.

1542. « *L'adjudicataire est tenu, au delà du prix de son adjudication,* » *de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux* » *coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du* » *conservateur, ceux de notification, et ceux faits par lui pour parvenir* » *à la revente* » (art. 2188).

Sans cette disposition, le nouveau propriétaire aurait été le plus souvent dans l'impossibilité d'obtenir le remboursement des frais que lui a occasionnés son acquisition, devenue inutile aujourd'hui. De deux choses l'une, en effet : ou il est acquéreur à titre gratuit, et alors il est sans recours contre le donateur, qui n'est point tenu à la garantie ; ou il est acquéreur à titre onéreux, et alors il a bien un recours contre l'aliénateur, mais l'insolvabilité de celui-ci aurait rendu la plupart du temps ce recours illusoire. Voilà pourquoi la loi impose le remboursement dont il s'agit comme charge spéciale à l'adjudicataire. Ceux qui veulent se porter adjudicataires ne perdent pas de vue cette disposition. Naturellement, lorsqu'ils déterminent la limite à laquelle ils veulent s'arrêter dans les enchères, ils tiennent compte du remboursement à faire au nouveau propriétaire évincé, et offrent d'autant moins ; le prix d'adjudication se trouve donc diminué d'autant ; de sorte qu'en définitive le remboursement exigé par l'art. 2188 se fait aux frais des créanciers. Rien d'injuste à cela ; car la réquisition de mise aux enchères a lieu dans leur intérêt.

L'adjudicataire n'est pas tenu de payer en sus de son prix au tiers détenteur évincé le montant de ce qui lui est dû pour impenses et améliorations. Il a été jugé que le tiers détenteur s'en rembourse par un prélèvement sur le prix d'adjudication. (Paris, 24 juillet 1886, Sir., 87. 2. 39). C'est accorder au tiers détenteur un privilège pour sa créance. Nous avons critiqué cette solution (*supra,* n. 1477 *in fine*).

Bien entendu, le recours spécial, que l'art. 2188 accorde au nouveau propriétaire évincé, contre l'adjudicataire, pour le remboursement des frais et loyaux coûts du contrat..., ne porte pas préjudice au recours en garantie, qui peut lui appartenir contre son auteur en qualité d'acquéreur à titre onéreux. V. art. 2178.

* **1543.** D'après la jurisprudence de la cour de cassation, le titre de l'acquéreur qui a entrepris la purge est résolu, lorsque c'est un tiers qui se porte adjudicataire. L'adjudicataire devrait donc être considéré comme tenant directement ses droits de l'aliénateur : ce qui conduirait notamment à déclarer inefficaces les hypothèques consenties sur l'immeuble par l'acquéreur évincé, à lui refuser l'excédent du prix d'adjudication, resté libre après le paiement des créanciers inscrits, pour l'attribuer au débiteur ou plutôt à ses créanciers chirographaires, et enfin à refuser à l'Etat la faculté de réclamer deux droits de mutation.

Tout est bizarre et contradictoire dans cette théorie. Comment expliquer d'abord que ces résultats se produisent lorsque l'acquéreur est exproprié sur une réquisition de mise aux enchères, et qu'ils ne se produisent pas lorsqu'il a subi l'expropriation sur saisie ou qu'il a délaissé? (*supra,* n. 1481). D'autre part, où se trouve dans la loi la trace de la résolution imaginée par la cour de cassation? Enfin comment l'action en garantie, que l'on reconnaît appartenir au tiers détenteur, évincé par suite de l'adjudication sur surenchère, peut-elle se concilier avec la résolution de son titre? Si la vente est résolue, comme le prétend la cour suprême, elle est censée n'avoir jamais existé, et alors il ne peut plus être question d'une action en garantie née de cette vente.

Notons d'ailleurs que la cour de cassation n'est pas restée fidèle à sa doctrine, en décidant que le tiers détenteur, évincé par suite de l'adjudication sur surenchère, n'est pas tenu de restituer les fruits par lui perçus.

Hypothèse particulière.

1544. Nous nous bornerons à transcrire l'art. 2192 : « *Dans le cas où le titre » du nouveau propriétaire comprendrait des immeubles et des meubles, ou plusieurs » immeubles, les uns hypothéqués, les autres non hypothéqués, situés dans le même » ou dans divers arrondissements de bureaux, aliénés pour un seul et même prix, ou » pour des prix distincts et séparés, soumis ou non à la même exploitation, le prix de » chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées, sera déclaré dans » la notification du nouveau propriétaire, par ventilation, s'il y a lieu, du prix total » exprimé dans le titre. — Le créancier surenchérisseur ne pourra, en aucun cas, » être contraint d'étendre sa soumission ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles, » que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondisse- » ment; sauf le recours du nouveau propriétaire contre ses auteurs, pour l'indemnité » du dommage qu'il éprouverait, soit de la division des objets de son acquisition » soit de celle des exploitations* ».

CHAPITRE IX

DU MODE DE PURGER LES HYPOTHÈQUES, QUAND IL N'EXISTE PAS D'INSCRIPTION SUR LES BIENS DES MARIS ET DES TUTEURS

1545. La purge dont il est ici question est spéciale aux hypothèques légales dispensées d'inscription, qui n'ont pas été inscrites. Au contraire celle du chapitre précédent s'applique à toutes les hypothèques inscrites, de quelque nature qu'elles soient, légales, judiciaires ou conventionnelles.

On voit que les hypothèques dispensées d'inscription, c'est-à-dire les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits sont purgées, tantôt d'après les règles du chapitre VIII, tantôt d'après celles du chapitre IX : — d'après les règles du chapitre VIII, si elles ont été inscrites, ajoutons : ou si elles auraient dû l'être, c'est-à-dire si, au moment où la purge s'est effectuée, la dispense d'inscription a cessé par l'expiration du délai d'un an à dater de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle; — d'après les règles du chapitre IX, si elles n'ont pas été inscrites et si la dispense d'inscription subsiste encore. C'est ce qui ressort soit de la rubrique du chapitre IX, soit de l'art. 2193, ainsi conçu : « *Pourront les acquéreurs d'immeubles » appartenant à des maris ou à des tuteurs, lorsqu'il n'existera pas d'ins- » cription sur lesdits immeubles à raison de la gestion du tuteur, ou des » dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme, purger les » hypothèques qui existeraient sur les biens par eux acquis* ».

1546. Commençons par donner une idée sommaire de cette purge, ainsi bue nous l'avons fait pour celle du chapitre précédent. Après

avoir transcrit son titre, l'acquéreur doit le rendre public par certains moyens que nous préciserons tout à l'heure. L'accomplissement de cette formalité sert de point de départ à un délai de deux mois, pendant lequel les hypothèques dispensées d'inscription peuvent être utilement inscrites. C'est une sorte de mise en demeure, adressée aux divers intéressés ou à ceux qui les représentent, d'avoir à inscrire leurs hypothèques. Si le délai de deux mois expire sans qu'aucune inscription ait été prise, l'immeuble est purgé de toutes les hypothèques légales, dont il pouvait être grevé du chef du précédent ou des précédents propriétaires. Si des inscriptions ont été prises, l'acquéreur ne peut faire aucun paiement au préjudice desdites inscriptions, et il pourra se trouver ainsi forcé de garder son prix jusqu'à nouvel ordre ou de le consigner.

1547. Entrons maintenant dans les détails.

1° L'acquéreur doit commencer par transcrire son titre; car, depuis la loi du 23 mars 1855, cette formalité est requise pour que son droit devienne opposable aux tiers, quels qu'ils soient, qui ont des droits réels sur l'immeuble. La transcription est donc le préliminaire obligé de la purge qui nous occupe, comme de celle dont il est question dans le chapitre précédent.

2° Le nouveau propriétaire doit porter son titre à la connaissance des intéressés. L'art. 2194, 1re partie, va nous dire de quelle manière : « *A cet effet, ils* [les acquéreurs d'immeubles] *déposeront copie dûment* » *collationnée du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal* » *civil du lieu de la situation des biens, et ils certifieront par acte signi-* » *fié, tant à la femme ou au subrogé tuteur, qu'au procureur du Roi près* » *le tribunal, le dépôt qu'ils auront fait* ».

Il se peut que l'acquéreur ignore l'existence des hypothèques légales qu'il veut purger : la purge qui nous occupe est souvent faite en vue d'hypothèques légales, qu'on soupçonne sans les connaître. Comment en pareil cas le nouveau propriétaire pourra-t-il faire la signification, que notre article commande d'adresser *à la femme ou au subrogé tuteur?* Il a été pourvu à cette situation par un avis du conseil d'État des 9 mai-1er juin 1807. L'acquéreur, dans la signification qu'il adressera au procureur de la République, doit en premier lieu déclarer « que » ceux du chef desquels il pourrait être formé des inscriptions pour » raison d'hypothèques légales existant indépendamment de l'inscrip- » tion, n'étant pas connus, il fera publier la susdite signification dans » les formes prescrites par l'article 683 du Code de procédure civile »; en second lieu, « il faut que le susdit acquéreur fasse cette publication » dans lesdites formes de l'article 683 du Code de procédure civile... ». Ainsi donc, une notification par la voie des journaux, c'est-à-dire une

notification qui ne parvient à personne parce qu'elle s'adresse à tout le monde, remplacera la notification individuelle exigée par l'art. 2194.

* Nous croyons que l'avis du conseil d'Etat, dont nous venons d'analyser la disposition, a défiguré la pensée qui avait inspiré au législateur du code civil la disposition de l'art. 2194. Sans doute l'acquéreur peut ne pas connaître les créanciers, dont il veut purger les hypothèques légales : mais l'art. 2194 voulait précisément qu'il se donnât la peine de les chercher et de les trouver (ce qui certes n'est pas impossible), pour leur adresser, ou à leur représentant, la signification prescrite par la loi, signification qui, les touchant nécessairement, les met sérieusement en demeure de prendre l'inscription à laquelle est subordonnée la conservation de leur hypothèque. Qu'arrive-t-il, avec le procédé inauguré par l'avis du conseil d'Etat? L'acquéreur se garde bien de se donner aucun embarras pour découvrir les créanciers à hypothèque légale dont il soupçonne l'existence ; il déclare qu'il ne les connaît pas, et il procède à la notification par la voie des journaux, qui le plus souvent ne remplit pas son but parce qu'elle ne parvient pas à la connaissance des intéressés. Y a-t-il beaucoup de femmes mariées qui lisent la quatrième page des journaux, surtout la partie consacrée aux annonces judiciaires ? Il en résulte que beaucoup d'hypothèques légales sont ainsi purgées, sans que les incapables auxquels la loi les accorde ou leurs représentants aient été mis utilement en demeure de remplir la formalité nécessaire à la conservation de leur droit : ce qui est tout à fait contraire à la pensée de protection, qui animait le législateur à l'endroit des créanciers à hypothèque légale dispensés de l'inscription.

* Aussi nous semble-t-il que, loin d'étendre en dehors de ses termes l'avis du conseil d'Etat précité, il faut lui appliquer avec sévérité le principe de l'interprétation restrictive. Nous en concluons notamment que, si l'acquéreur connaît l'existence d'un mineur ayant hypothèque légale sur l'immeuble qu'il s'agit de purger, et que ce mineur ne soit pas pourvu d'un subrogé tuteur, l'acquéreur devra en faire nommer un, afin de lui adresser la signification prescrite par l'art. 2194. C'est la solution qui triomphe en doctrine et en jurisprudence.

L'art. 2194 ajoute : « *Extrait de ce contrat, contenant sa date, les noms,* » *prénoms, professions et domiciles des contractants, la désignation de* » *la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de* » *la vente, sera et restera affiché pendant deux mois dans l'auditoire du* » *tribunal ; pendant lequel temps, les femmes, les maris, tuteurs, subro-* » *gés tuteurs, mineurs, interdits, parents ou amis, et le procureur du Roi,* » *seront reçus à requérir, s'il y a lieu, et à faire faire au bureau du con-* » *servateur des hypothèques, des inscriptions sur l'immeuble aliéné, qui* » *auront le même effet que si elles avaient été prises le jour du contrat* » *de mariage, ou le jour de l'entrée en gestion du tuteur ; sans préjudice* » *des poursuites qui pourraient avoir lieu contre les maris et les tuteurs,* » *ainsi qu'il a été dit ci-dessus, pour hypothèques par eux consenties au* » *profit de tierces personnes sans leur avoir déclaré que les immeubles* » *étaient déjà grevés d'hypothèques, en raison du mariage ou de la* » *tutelle* ».

Le délai de deux mois ne commence à courir que lorsque toutes les formalités prescrites par la loi ont été remplies : dépôt au greffe d'une

copie du contrat, signification de ce dépôt au procureur de la République, signification semblable à la femme ou au subrogé tuteur soit directement, soit par la voie des journaux (avis du conseil d'Etat du 9 mai 1807), enfin affiche d'un extrait du contrat dans l'auditoire du tribunal. Les incapables, auxquels appartient l'hypothèque légale, ou leurs représentants désignés par la loi, sont alors légalement mis en demeure de prendre inscription dans ledit délai de deux mois.

1548. Cela posé, deux hypothèses peuvent se présenter.

a. — Aucune inscription n'a été prise dans le délai de deux mois. Les hypothèques légales, qui existaient sur l'immeuble au profit d'une femme mariée, d'un mineur ou d'un interdit, sont purgées. C'est ce que dit l'art. 2195 al. 1 : « *Si, dans le cours des deux mois de l'exposition du contrat, il n'a pas été fait d'inscription du chef des femmes, mineurs ou interdits, sur les immeubles vendus, ils passent à l'acquéreur sans aucune charge, à raison des dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme, ou de la gestion du tuteur, et sauf le recours, s'il y a lieu, contre le mari et le tuteur* ».

Et toutefois l'incapable, dont l'hypothèque légale n'a pas été inscrite dans le délai de la purge, n'est pas entièrement déchu de son droit hypothécaire ; il a perdu le droit de suite, mais il conserve le droit de préférence sur le prix. Ainsi l'a décidé la loi du 21 mai 1858, qui a réorganisé la procédure d'ordre. Auparavant la question était très controversée ; il y avait seize arrêts de cours d'appel dans ce sens, sept de la cour de cassation en sens contraire. Cpr. *supra*, n. 1485.

Mais la loi précitée subordonne à deux conditions la conservation du droit de préférence au profit des femmes mariées, mineurs ou interdits, qui ont perdu leur droit de suite, faute d'inscription dans le délai légal : la première, c'est qu'un ordre soit ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de la purge; la seconde, que le créancier à hypothèque légale produise à cet ordre dans le délai fixé par l'art. 754 C. pr., si l'ordre est judiciaire, ou avant la clôture, si l'ordre est amiable. Voyez le nouvel art. 772 al. 5 du code de procédure civile.

b. — Une ou plusieurs inscriptions ont été prises dans le délai de deux mois. Elles conservent aux hypothèques qu'elles concernent le rang que leur assigne l'art. 2135. C'est très certainement ce qu'a voulu dire l'art. 2194, cité tout à l'heure, par ces mots : « *qui auront le même effet que si elles avaient été prises le jour* DU CONTRAT DE MARIAGE, *ou le jour de l'entrée en gestion du tuteur* ». En effet, si l'hypothèque de la femme avait été inscrite le jour *du contrat de mariage,* elle n'aurait toujours eu que le rang qui lui est assigné par l'art. 2135.

Maintenant il arrivera de deux choses l'une.

Ou bien les inscriptions, prises du chef des femmes mariées, mineurs ou interdits, seront primées par des inscriptions appartenant à d'autres créanciers. Alors l'acquéreur pourra payer son prix entre les mains de ceux-ci jusqu'à concurrence du montant de leurs créances : le surplus, il devra le conserver ou le consigner, ainsi qu'il va être dit.

Ou bien les inscriptions, prises du chef des femmes mariées, mineurs ou interdits, leur assureront le premier rang, et alors l'acquéreur ne pourra faire aucun paiement à leur préjudice; il devra donc garder son prix ou le consigner.

C'est ce qui résulte de l'art. 2195 al. 2 et 3 : « *S'il a été pris des » inscriptions du chef desdites femmes, mineurs ou interdits, et s'il » existe des créanciers antérieurs qui absorbent le prix en totalité ou en » partie, l'acquéreur est libéré du prix ou de la portion du prix par lui » payée aux créanciers placés en ordre utile; et les inscriptions du chef » des femmes, mineurs ou interdits, seront rayées, ou en totalité, ou jus- » qu'à due concurrence. — Si les inscriptions du chef des femmes, » mineurs, ou interdits, sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra » faire aucun paiement du prix au préjudice desdites inscriptions, qui » auront toujours, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la date du contrat de » mariage, ou de l'entrée en gestion du tuteur; et, dans ce cas, les ins- » criptions des autres créanciers qui ne viennent pas en ordre utile, » seront rayées* ».

1549. Il reste un point, sur lequel la loi ne s'explique pas : les mineurs, interdits et femmes mariées, contre lesquels est dirigée la purge spéciale qui nous occupe, sont-ils admis à surenchérir ? L'affirmative ne paraît guère douteuse; car le droit de surenchérir est essentiel en matière de purge. Autrement les créanciers, contre lesquels cette purge est dirigée, seraient exposés sans défense à être victimes de fraudes nombreuses, notamment de dissimulations de prix, contre lesquelles tous les autres créanciers hypothécaires peuvent se prémunir à l'aide de la surenchère. De sorte que les créanciers hypothécaires, que la loi protège le plus à raison de leur incapacité, seraient précisément ceux qu'elle aurait le plus maltraités. D'ailleurs, la loi n'ayant pas déterminé un délai spécial pour l'exercice de cette surenchère, on doit en conclure qu'elle devrait, à peine de déchéance, être formée dans le délai de deux mois, fixé par l'art. 2194 pour l'inscription de l'hypothèque.

Toutefois les femmes mariées, mineurs et interdits ne seraient pas admis à surenchérir, si une première surenchère avait déjà été faite à la suite de la purge des hypothèques inscrites, cette surenchère leur offrant toutes garanties au point de vue de la fixation du prix. C'est une application d'une règle, qui est aujourd'hui sans exception dans notre droit : *surenchère sur surenchère ne vaut.*

CHAPITRE X

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES ET DE LA RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS

1550. Les textes du code civil, relatifs à cette matière, sont complétés par les dispositions de la loi du 21 ventôse an VII, intitulée : *Loi relative à l'organisation de la conservation des hypothèques.*

Le plan à suivre pour l'explication de ce chapitre est tout tracé par son intitulé. Dans un premier paragraphe, nous traiterons *Des registres et de leur publicité* dans un deuxième, *De la responsabilité des conservateurs.*

§ I. *Des registres et de leur publicité.*

1551. Diverses espèces de registres tenus par les conservateurs. — Parmi les nombreux registres des conservations hypothécaires, on distingue principalement le registre *des remises* et les registres *de forme.*

I. *Registre des remises ou registre d'ordre.* L'art. 2200, dont la rédaction actuelle est due à la loi du 5 janvier 1875, en indique suffisamment la destination : « *Néanmoins les conservateurs seront tenus d'avoir un registre sur lequel ils inscriront, jour par jour et par ordre numérique, les remises qui leur seront faites d'actes de mutation et de saisie immobilière, pour être transcrits, de bordereaux, pour être inscrits, d'actes, expéditions ou extraits d'actes contenant subrogation ou antériorité et de jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'actes transcrits, pour être mentionnés. — Ils donneront aux requérants, par chaque acte ou par chaque bordereau à transcrire, à inscrire ou à mentionner, une reconnaissance sur papier timbré, qui rappellera le numéro du registre sur lequel la remise aura été inscrite, et ils ne pourront transcrire les actes de mutation et de saisie immobilière, ni inscrire les bordereaux ou mentionner les actes contenant subrogation ou antériorité et les jugements portant résolution, nullité ou rescision d'actes transcrits sur les registres à ce destinés, qu'à la date ou dans l'ordre des remises qui leur auront été faites. — Le registre prescrit par le présent article sera tenu double, et l'un des doubles sera déposé sans frais, et dans les trente jours qui suivront sa clôture, au greffe du tribunal civil d'un arrondissement autre que celui où réside le conservateur. — Le tribunal au greffe duquel sera déposé le double du registre de dépôt sera désigné par une ordonnance du président de la Cour dans le ressort de laquelle se trouve la conservation; cette ordonnance sera rendue sur les réquisitions du procureur général* ».

On sait que l'ordre des transcriptions ou des inscriptions présente une importance considérable. De deux acquéreurs successifs du même immeuble, celui-là est préféré qui le premier a fait transcrire son titre; de même, entre deux créanciers, ayant hypothèque sur un même immeuble, l'ordre des inscriptions détermine celui des préférences, sans cependant que le créancier inscrit le matin puisse l'emporter sur celui inscrit le soir du même jour (art. 2147). Le conservateur doit opérer les transcriptions et les inscriptions dans l'ordre des réquisitions qui lui sont adressées par les intéressés; il ne saurait dépendre de lui de modifier leurs droits en intervertissant cet ordre. Notre article assure l'observation de cette sage prescription.

⟹ *Ils donneront... une reconnaissance sur papier timbré...* La loi se préoccupe ici bien évidemment de l'intérêt du requérant; nous en concluons que, s'il déclare ne pas vouloir de reconnaissance, pour en économiser les frais, le conservateur ne peut pas la lui imposer. Les instructions de la Régie sont en sens contraire. — D'autre

part, ladite reconnaissance n'a plus de raison d'être, et par conséquent ne devra pas être délivrée, lorsque le conservateur opèrera la transcription ou l'inscription sur-le-champ. Dans cette hypothèse, le conservateur remettra au requérant, s'il s'agit d'une transcription, un certificat attestant qu'elle a été opérée (art. 2181 al. 2), et, s'il s'agit d'une inscription, un des deux bordereaux, au pied duquel il certifiera avoir fait l'inscription (art. 2150).

II. *Registres de forme.* On désigne sous cette dénomination commune :

1° Le registre des transcriptions ;

2° Le registre des inscriptions, qui est aussi celui sur lequel le conservateur effectue les radiations et les réductions d'inscriptions ;

3° Le registre spécialement destiné à la transcription des saisies immobilières.

1552. Tenue des registres. — Aux termes de l'art. 2201 : « *Tous les registres » des conservateurs sont en papier timbré, cotés et paraphés à chaque page par pre- » mière et dernière, par l'un des juges du tribunal dans le ressort duquel le bureau » est établi. Les registres seront arrêtés chaque jour comme ceux d'enregistrement » des actes* ».

1553. Force probante des registres tenus par les conservateurs des hypothèques. — Le contenu de ces registres répond exactement à la définition que l'art. 1317 donne des actes authentiques. On doit en conclure qu'ils font foi jusqu'à inscription de faux, comme les registres de l'état civil, avec lesquels ils présentent une autre analogie, sur laquelle nous allons nous expliquer à l'instant même, au point de vue de la publicité. Ces traits de ressemblance n'ont rien de surprenant; car il y a une certaine parenté entre les registres de l'état civil et ceux des conservations hypothécaires : ceux-là constatent l'état des personnes, et ceux-ci l'état des propriétés.

1554. Publicité des registres. — Les registres des conservations hypothécaires sont publics : ils sont ouverts à tous, soit pour y insérer les actes en vue desquels ils sont institués, soit pour leur emprunter les documents qu'ils contiennent. Toutefois, les registres des conservations hypothécaires ne sont pas directement à la disposition du public : il y a entre eux et les particuliers qui veulent y recourir un intermédiaire obligé, le conservateur des hypothèques, dont ils doivent solliciter le ministère sous forme de *réquisition,* soit pour enrichir les registres de documents nouveaux, soit pour leur emprunter ceux qu'ils contiennent. Ainsi, pour faire opérer une transcription, une inscription, une radiation....., on requerra le conservateur de procéder à ces actes, et il devra déférer sans retard à cette réquisition. De même, celui qui veut être renseigné sur l'état de la propriété d'un immeuble ou sur la situation hypothécaire d'un débiteur, requerra du conservateur un état des transcriptions ou des inscriptions. L'art. 2196 dit à ce sujet : « *Les conservateurs des hypothè- » ques sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, copie des actes trans- » crits sur leurs registres et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat qu'il n'en » existe aucune* ».

Il est d'ailleurs loisible au requérant de demander un état *général* ou un état *spécial* soit des transcriptions, soit des inscriptions (arg. art. 5 de la loi du 23 mars 1855). Ainsi, en demandant au conservateur un état des inscriptions hypothécaires grevant tel débiteur, on peut restreindre la demande aux inscriptions portant sur un immeuble déterminé. Le conservateur doit toujours, dans les états qu'il délivre, se conformer aux termes de la réquisition qui lui a été adressée ; et, pour trancher à l'avance les contestations qui pourraient survenir sur ce point, pour qu'il soit toujours facile de savoir si l'état délivré par le conservateur contient tous les renseignements qu'on lui demandait et ceux-là seulement, une instruction de la Régie du 17 janvier 1841 exige que la réquisition soit faite par écrit, et, pour le cas où le

requérant déclarerait ne savoir signer, que les termes de la réquisition verbale adressée au conservateur soient reproduits en tête de l'état qu'il délivre.

Le conservateur n'étant pas juge du mérite des inscriptions que contiennent ses registres, il s'ensuit qu'il doit faire figurer, dans les états qu'il délivre, même les inscriptions qui lui paraissent irrégulières ; mais il ne doit pas y comprendre les inscriptions rayées, ni celles périmées.

Aux termes de l'art. 2199 : « *Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent refuser* » *ni retarder la transcription des actes de mutation, l'inscription des droits hypo-* » *thécaires, ni la délivrance des certificats requis, sous peine des dommages et intérêts* » *des parties; à l'effet de quoi, procès-verbaux des refus ou retardements seront, à* » *la diligence des requérants, dressés sur-le-champ, soit par un juge de paix, soit* » *par un huissier audiencier du tribunal, soit par un autre huissier ou un notaire* » *assisté de deux témoins* ».

§ II. *Responsabilité des conservateurs.*

1555. Les fautes, que commet le conservateur dans l'accomplissement de ses fonctions, peuvent avoir pour résultat d'engendrer à sa charge une double responsabilité, l'une civile, l'autre pénale.

N° 1. Responsabilité civile.

1556. Il faut appliquer ici les principes du droit commun : le conservateur est responsable envers les particuliers du préjudice qu'il leur cause par les fautes qu'il commet dans l'accomplissement de ses fonctions. Arg. art. 1382 et 1383. Cette responsabilité se résout en des dommages et intérêts s'élevant à une somme suffisante pour réparer le préjudice causé.

Nous trouvons deux applications de ce principe dans l'art. 2197 : « *Ils* [les conser- » vateurs] *sont responsables du préjudice résultant,* — 1° *De l'omission sur leurs* » *registres, des transcriptions d'actes de mutation, et des inscriptions requises en leurs* » *bureaux;* — 2° *Du défaut de mention dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs* » *des inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provînt* » *de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées* ».

Mais la disposition de ce texte n'a rien de limitatif. Le législateur a seulement prévu les deux cas qui se présenteront le plus fréquemment. Ainsi les conservateurs des hypothèques sont certainement responsables du préjudice résultant des erreurs par eux commises dans les transcriptions ou inscriptions, aussi bien que du défaut de transcription ou d'inscription : par exemple le conservateur, qui, en inscrivant une hypothèque, s'est trompé sur le montant de la créance, en mentionnant dans l'inscription un chiffre inférieur à celui indiqué par les bordereaux, est responsable envers le créancier hypothécaire du préjudice qui peut en résulter pour lui.

Conformément au droit commun, le demandeur doit prouver que le conservateur a commis une faute et que cette faute est la source du préjudice qu'il éprouve.

S'il est établi que le préjudice résulte à la fois du fait du conservateur et de celui d'une autre personne, par exemple d'un notaire qui a commis une erreur dans un acte de mainlevée, les tribunaux peuvent diviser la responsabilité entre les coupables.

Les conservateurs des hypothèques sont tenus de fournir un cautionnement en immeubles, qui est spécialement et exclusivement affecté au paiement des condamnations prononcées contre eux pour faits de charge.

Les actions en responsabilité contre les conservateurs des hypothèques se prescrivent par dix ans à dater du jour où ils ont cessé leurs fonctions (loi du 21 ventôse an XII, art. 7 et 8). Ces mêmes actions ne sont pas soumises à d'autre prescription que celle de trente ans, tant qu'ils exercent leurs fonctions.

N° 2. Responsabilité pénale.

1557. Nous nous bornerons à transcrire les art. 2202 et 2203 qui établissent cette responsabilité.

ART. 2202. *Les conservateurs sont tenus de se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions, à toutes les dispositions du présent chapitre, à peine d'une amende de deux cents à mille francs pour la première contravention, et de destitution pour la seconde; sans préjudice des dommages et intérêts des parties, lesquels seront payés avant l'amende.*

ART. 2203. *Les mentions de dépôt, les inscriptions et transcriptions, sont faites sur les registres, de suite, sans aucun blanc ni interligne, à peine, contre le conservateur de mille à deux mille francs d'amende, et des dommages et intérêts des parties, payables aussi par préférence à l'amende.*

TITRE XIX

De l'expropriation forcée et des ordres entre les créanciers.

1558. Cette matière appartient beaucoup plus à la procédure qu'au droit civil. En ce qui concerne les ordres entre les créanciers, le législateur se borne à un renvoi pur et simple au code de procédure civile (art. 2218), et on peut regretter qu'il n'ait pas procédé de la même façon relativement à l'expropriation forcée; il a sans doute préféré régler ici les conditions les plus importantes de l'expropriation, réservant seulement ce qui touche à la forme pour le code de procédure.

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE

1559. Tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 2093). Il en résulte que, si mon débiteur n'exécute pas volontairement son obligation, je puis saisir ses biens et les faire vendre en justice pour me payer sur le prix. Je procéderai par voie de *saisie-exécution* (C. pr. art. 583 et s.), si je m'attaque aux meubles du débiteur, par voie de *saisie immobilière* (C. pr. art. 673 et s.), si je m'attaque à ses immeubles. Ces deux procédures aboutissent au même résultat, l'*expropriation forcée* du débiteur, qui est consommée par un jugement d'*adjudication*.

Cela posé, il est naturel de penser que, sous ce titre *De l'expropriation forcée,* le législateur va traiter de la *saisie-exécution* et de la *saisie immobilière*. Il n'en est rien : notre chapitre ne parle que de la saisie immobilière.

* Alors pourquoi n'avoir pas intitulé le chapitre : *De l'expropriation par voie de saisie immobilière,* ou plus simplement : *De la saisie immobilière,* comme on l'a fait pour le titre du code de procédure consacré à cette matière (C. pr. art. 673 et s.). Il y en a une raison historique. D'après les lois en vigueur à l'époque où le code civil a été décrété (lois des 9 messidor an III et 11 brumaire an VII), l'expropriation

des biens d'un débiteur s'opérait sur les poursuites des créanciers, sans saisie; un simple commandement, suivi d'une apposition d'affiches, suffisait pour procéder à la vente. Dans ces conditions, on ne pouvait pas parler de *saisie immobilière*. Le législateur a employé le langage que l'on parlait alors : comme les lois précitées, il désigne sous le nom d'*expropriation forcée* la vente en justice des immeubles d'un débiteur, poursuivie à la requête de ses créanciers.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est aussi une expropriation forcée; il n'en est nullement question dans notre chapitre.

1. Des biens qui peuvent être saisis immobilièrement.

1560. « *Le créancier peut poursuivre l'expropriation,* 1° *des biens* » *immobiliers et de leurs accessoires réputés immeubles appartenant en* » *propriété à son débiteur;* 2° *de l'usufruit appartenant au débiteur sur* » *les biens de même nature* ». Ainsi s'exprime l'art. 2204. Nous avons déjà noté la similitude qui existe entre ce texte et l'art. 2118, et nous en avons conclu que tous les biens qui peuvent être saisis immobilièrement peuvent aussi être hypothéqués, et ceux-là seulement. Ayant donné la liste des biens susceptibles d'hypothèques, nous avons donné par cela même celle des biens susceptibles de saisie immobilière. Le lecteur voudra bien se reporter aux n. n. 1200 et s., où nous avons longuement traité cette matière.

Le principe posé par l'art. 2204 reçoit plusieurs limitations.

1561. Première limitation. « *Néanmoins la part indivise d'un cohé-* » *ritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente* » *par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils* » *peuvent provoquer s'ils le jugent convenable, ou dans lesquels ils ont le* » *droit d'intervenir conformément à l'article* 882, *au titre* des Successions » (art. 2205). La prohibition de *mettre en vente,* formulée par ce texte, entraîne l'interdiction d'accomplir les actes préliminaires à la vente et par conséquent l'interdiction de saisir.

Notre disposition se rattache à celle de l'art. 883. Un débiteur est appelé à recueillir, en concours avec d'autres héritiers, une succession comprenant des immeubles. Supposons que, l'indivision durant encore, il soit permis aux créanciers de ce débiteur de saisir la part indivise qui lui appartient dans un immeuble de la succession, et que cette saisie aboutisse à une adjudication, l'indivision durant toujours. L'adjudicataire va se trouver dans une situation bien précaire; car il n'a pu acquérir sur l'immeuble adjugé que le droit qui appartenait au débiteur saisi et tel qu'il lui appartenait. Or ce droit peut s'évanouir par l'effet du partage. C'est ce qui arrivera, si l'immeuble est mis par le partage dans le lot d'un héritier autre que celui du chef duquel il a été saisi : celui-ci sera alors réputé n'en avoir jamais été propriétaire (art. 883), et par suite le droit de l'adjudicataire tombera dans le vide.

Une semblable éventualité aurait évidemment été de nature à écarter les enchérisseurs; tout au moins elle aurait pesé sur les enchères : la vente se serait faite dans des conditions très désavantageuses. Voilà pourquoi la loi ne permet pas de mettre en vente la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession. Quelle sera donc la situation des créanciers ? Ils devront attendre que le partage soit effectué, sauf à y intervenir pour la sauvegarde de leurs droits (art. 882). Ils pourront même, s'ils le jugent à propos, provoquer le partage ou la licitation du chef de leur débiteur, en vertu de l'art. 1166.

La disposition de l'art. 2205 étant exceptionnelle (argument du mot *Néanmoins*), ne saurait être étendue en dehors de ses termes.

* Nous tirerons de là trois conséquences.

* 1° La loi ne parlant que de la poursuite en expropriation, exercée par les créanciers *personnels* de l'un des cohéritiers, sa disposition ne devrait pas être étendue aux créanciers du défunt, ni d'une manière générale à ceux qui sont créanciers de tous les cohéritiers à la fois; ils pourraient donc saisir les parts indivises de leurs débiteurs dans les immeubles de la succession. On n'a plus à redouter ici les conséquences de l'application de l'art. 883.

* 2° Ce que la loi dit de la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession devrait bien être appliqué à la part indivise d'un débiteur dans une société ou dans une communauté entre époux; car les règles du partage des successions s'appliquent au partage de la société ou de la communauté (art. 1476 et 1872), et d'ailleurs la saisie de la part indivise d'un débiteur dans les immeubles dépendant d'une société ou d'une communauté conjugale offrirait exactement les mêmes inconvénients que la saisie de la part indivise d'un débiteur dans les immeubles dépendant d'une succession. Mais un créancier pourrait saisir la part indivise, qui appartient à son débiteur dans un immeuble déterminé, par exemple en qualité de colégataire. Ce n'est pas seulement le texte de la loi qui manque ici; ses motifs font également défaut. Il n'y a pas en effet de raison pour que l'adjudication de la part indivise se fasse dans de mauvaises conditions, l'adjudicataire étant appelé à recueillir le bénéfice, quel qu'il soit, du partage ou de la licitation qui mettra fin à l'indivision.

* 3° La prohibition de saisir, résultant de l'art. 2205, ne s'appliquerait pas à la part indivise d'un cohéritier dans les meubles d'une succession, la loi ne parlant que des *immeubles*. D'ailleurs la saisie peut être nécessaire comme mesure conservatoire, pour empêcher la disparition des meubles. Mais on admet généralement que la *mise en vente* ne pourra avoir lieu qu'après le partage. Cass., 29 mars 1887, Sir., 87. 1. 125.

1562. Deuxième limitation. « *Les immeubles d'un mineur, même* » *émancipé, ou d'un interdit, ne peuvent être mis en vente avant la dis-* » *cussion du mobilier* » (art. 2206). Cette disposition, écrite dans un but de protection pour les incapables auxquels elle s'applique, a été inspirée en partie par la vieille maxime *Res mobilis res vilis,* un peu démodée déjà à l'époque de la promulgation du code civil et bonne aujourd'hui à mettre au rebut. Le législateur est parti de cette idée, que les immeubles sont plus précieux que les meubles, et qu'il faut à tout prix en assurer la conservation aux incapables qu'il protège. Il a considéré

sans doute aussi que la saisie mobilière entraîne moins de frais que la saisie immobilière, et qu'à ce titre encore elle est moins désastreuse pour le débiteur.

Le bénéfice, que l'art. 2206 accorde aux mineurs et aux interdits, n'a pas besoin d'être opposé sous forme d'exception. Le créancier est obligé de commencer par discuter les meubles; la saisie qu'il pratiquerait sur les immeubles avant d'avoir procédé à cette discussion, serait nulle. On ne voit guère d'autre sanction possible de cette disposition de la loi.

La règle établie par l'art. 2206 souffre deux restrictions qu'indique l'art. 2207 : « *La discussion du mobilier n'est pas requise avant l'expro-* » *priation des immeubles possédés par indivis entre un majeur et un* » *mineur ou interdit, si la dette leur est commune, ni dans le cas où les* » *poursuites ont été commencées contre un majeur, ou avant l'interdic-* » *tion* ».

Ainsi, tout d'abord, lorsqu'un immeuble est indivis entre un majeur et un mineur, l'expropriation forcée peut en être poursuivie pour une dette qui leur est commune, sans discussion préalable du mobilier du mineur. Autrement la faveur accordée au mineur aurait aussi paralysé le droit du créancier contre le débiteur majeur, puisque le créancier n'aurait pas pu poursuivre l'expropriation de la part indivise appartenant au débiteur majeur (art. 2205).

En second lieu, la discussion du mobilier du débiteur, mineur ou interdit, cesse d'être obligatoire pour le créancier, lorsque les poursuites en expropriation ont été commencées contre un débiteur capable qui se trouve actuellement frappé d'interdiction ou qui est mort laissant un mineur pour héritier. Le décès ou le changement d'état du débiteur ne devait pas aggraver la situation du créancier.

1563. Troisième limitation. « *Le créancier ne peut poursuivre la* » *vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas* » *d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués* » (art. 2209). On ne voit pas bien clairement les motifs de cette disposition. N'est-ce pas se payer de mots que de dire, comme on le fait généralement, qu'il existe ici une convention tacite, aux termes de laquelle le créancier qui reçoit l'hypothèque s'engage à ne s'attaquer aux autres biens de son débiteur qu'en cas d'insuffisance des biens hypothéqués? Est-il admissible que le créancier, qui stipule une sûreté spéciale, entende renoncer au bénéfice, que le droit commun accorde à tout créancier, de poursuivre son paiement sur celui des biens du débiteur qu'il lui plaît de choisir?

1564. Quatrième limitation. « *La vente forcée des biens situés dans* » *différents arrondissements ne peut être provoquée que successivement,*

» *à moins qu'il ne fassent partie d'une seule et même exploitation* » (art. 2210 al. 1). Comme on le verra bientôt, les poursuites en expropriation forcée se font devant le tribunal de la situation de l'immeuble. Il faut donc engager plusieurs procédures distinctes, lorsque l'on veut saisir à la fois plusieurs immeubles qui ne sont pas situés dans le même arrondissement. La loi dit que ces différentes saisies ne pourront être faites que successivement. Le motif qui a dicté cette disposition est transparent : si la vente des immeubles situés dans un arrondissement suffit pour procurer au créancier son paiement, pourquoi l'autoriser à pratiquer en même temps une ou plusieurs autres saisies, dont les frais se trouveront en définitive avoir été faits en pure perte ?

Une loi du 14 novembre 1808 est venue modifier sur plusieurs points la disposition de l'art. 2210 al. 1.

Nous nous bornons à reproduire son texte.

Art. 1er. La saisie immobilière des biens d'un débiteur, situés dans plusieurs arrondissements, pourra être faite simultanément, toutes les fois que la valeur totale desdits biens sera inférieure au montant réuni des sommes dues tant au saisissant qu'aux autres créanciers inscrits.

Art. 2. La valeur des biens sera établie d'après les derniers baux authentiques, sur le pied du denier *vingt-cinq*. — A défaut de baux authentiques, elle sera calculée d'après le rôle des contributions foncières, sur le pied du denier *trente*.

Art. 3. Le créancier qui voudra user de la faculté accordée par l'article 1er, sera tenu de présenter requête au président du tribunal de l'arrondissement, où le débiteur a son domicile, et d'y joindre, 1° copie en forme des baux authentiques, ou, à leur défaut, copie également en forme du rôle de la contribution foncière; 2° l'extrait des inscriptions prises sur le débiteur dans les divers arrondissements où les biens sont situés, ou le certificat qu'il n'en existe aucune. La requête sera communiquée au ministère public, et répondue d'une ordonnance portant permis de faire la saisie de tous les biens situés dans les arrondissements et départements y désignés.

Art. 4. Les procédures relatives tant à l'expropriation forcée qu'à la distribution du prix des immeubles seront portées devant les tribunaux respectifs de la situation des biens.

Art. 5. Toutes dispositions contraires à la présente loi sont abrogées.

1565. Cinquième limitation. « *Si le débiteur justifie, par baux au-* » *thentiques, que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une* » *année, suffit pour le paiement de la dette en capital, intérêts et frais,* » *et s'il en offre la délégation au créancier, la poursuite peut être sus-* » *pendue par les juges, sauf à être reprise s'il survient quelque opposi-* » *tion ou obstacle au paiement* » (art. 2212). Ce texte a été inspiré par la même pensée que l'art. 1244, une pensée d'humanité pour le débiteur, et les deux dispositions présentent entre elles plus d'une analogie : notamment il est facultatif pour le juge de suspendre les poursuites dans le cas prévu par l'art. 2212, comme il est facultatif d'accorder un terme de grâce au débiteur dans le cas prévu par l'art. 1244.

Pour pouvoir invoquer le bénéfice de notre article, il faut, non seulement que le débiteur, contre lequel les poursuites ont été commencées, justifie par baux authentiques que le revenu net de ses immeubles pendant un an suffit pour payer le créancier poursuivant, mais encore qu'il lui en offre la délégation, c'est-à-dire qu'il offre de lui céder la créance résultant du bail, dans la mesure de sa dette.

En supposant que le juge agrée cette offre et qu'elle soit réalisée, le créancier, au profit duquel la délégation ou cession a été faite, devra la notifier aux fermiers ou locataires cédés, ou obtenir leur acceptation dans un acte authentique. Son droit deviendra alors opposable aux tiers : notamment les autres créanciers du débiteur ne pourront pas lui disputer le prix du bail, en pratiquant une saisie-arrêt entre les mains du fermier ou du locataire cédé. Qu'est-ce donc alors que l'opposition, dont parle l'art. 2212 *in fine* et dont la survenance autoriserait le créancier à reprendre les poursuites momentanément suspendues ? Probablement une opposition notifiée antérieurement à la signification faite par le créancier et que le débiteur aurait dissimulée. La loi autorise aussi le créancier à reprendre les poursuites, s'il survient *quelque obstacle au paiement :* disposition plus facile à expliquer. L'obstacle au paiement pourrait résulter par exemple de la faillite du preneur ou de sa disparition.

2. *Qui peut poursuivre la saisie immobilière.*

1566. Tout créancier en principe a ce droit, le créancier chirographaire aussi bien que le créancier hypothécaire ou privilégié. Toutefois le créancier chirographaire ne peut saisir les immeubles de son débiteur qu'entre les mains de celui-ci, tandis que le créancier, qui a privilège ou hypothèque sur un immeuble, peut en outre le saisir entre les mains d'un tiers détenteur : l'aliénation, qui fait évanouir le droit des créanciers chirographaires, ne porte aucune atteinte au droit des créanciers privilégiés ou hypothécaires, parce que ces derniers ont un droit de suite qui n'appartient pas aux premiers.

1567. Aux termes de l'art. 2213, 1re partie : « *La vente forcée des » immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre authentique et » exécutoire, pour une dette certaine et liquide* ».

= *Pour une dette certaine.* Le créancier, dont la créance est soumise à une condition suspensive, ne pourrait donc pas poursuivre l'expropriation forcée. Il en serait autrement du créancier sous condition résolutoire.

= *Pour une dette... liquide.* Une dette est liquide, *quum certum est an et quantum debeatur.* On voit que la liquidité de la dette implique sa certitude, et par conséquent la loi aurait pu se dispenser d'indiquer cette dernière condition.

Il faut ajouter que la dette doit être exigible.

En somme, au lieu de parler d'une dette *certaine et liquide,* la loi aurait dû dire : une dette *liquide et exigible.*

L'art. 2213 ajoute dans sa partie finale : « *Si la dette est en espèces non liquidées, » la poursuite est valable; mais l'adjudication ne pourra être faite qu'après la » liquidation* ».

= *En vertu d'un titre authentique et exécutoire* (art. 2213, 1re partie). Si le créancier n'en a pas, il devra s'en procurer un en obtenant un jugement de condamnation contre le débiteur.

1568. Tout jugement de condamnation permet-il au créancier qui l'a obtenu de poursuivre l'expropriation forcée des immeubles de son débiteur? A cet égard, il faut établir les distinctions suivantes.

a. — L'expropriation forcée peut toujours être poursuivie en vertu d'un jugement de condamnation, qui n'est pas ou qui n'est plus susceptible d'être attaqué par les voies ordinaires de recours, opposition ou appel (jugement en dernier ressort ou jugement passé en force de chose jugée). L'éventualité d'une voie extraordinaire de recours (requête civile, pourvoi en cassation, tierce opposition) ne formerait pas obstacle à la saisie, ni même à l'adjudication qui est son dénoûment ordinaire. Voyez cependant, en ce qui ooncerne la tierce opposition, l'art. 478 du code de procédure civile.

b. — Si le jugement est susceptible d'être attaqué par une voie ordinaire de recours, il faut sous-distinguer si le jugement est contradictoire ou par défaut.

α. Le jugement est contradictoire. Si le délai de huitaine, pendant lequel l'exécution est suspendue (C. pr. art. 449) est expiré, la saisie peut être pratiquée malgré l'éventualité de l'appel; car le *délai* de l'appel n'est pas suspensif de l'exécution, mais seulement l'appel interjeté. Sauf la suspension des poursuites au cas où l'appel serait interjeté plus tard.

L'appel interjeté, ni à plus forte raison la simple éventualité de l'appel, ne suspendra plus la poursuite en expropriation, si le jugement a été déclaré exécutoire par provision nonobstant appel. Toutefois, pour éviter un préjudice qui pourrait être irréparable, la loi décide que l'*adjudication* ne pourra être prononcée que lorsque le jugement aura acquis l'autorité définitive de la chose jugée. C'est ce que dit l'art. 2215 al. 1 : « *La poursuite peut avoir lieu en vertu d'un jugement provisoire* » *ou définitif, exécutoire par provision, nonobstant appel; mais l'adjudication ne* » *peut se faire qu'après un jugement définitif en dernier ressort, ou passé en force* » *de chose jugée* ».

β. Le jugement est par défaut.

S'agit-il d'un défaut *contre avoué* ou autrement dit *faute de conclure?* la poursuite en expropriation est suspendue pendant le délai de huitaine, accordé pour l'opposition; car le délai de l'opposition est suspensif. C'est en vue de cette hypothèse exclusivement qu'a été écrit l'art. 2215 al. 2 : « *La poursuite ne peut s'exercer en* » *vertu de jugements rendus par défaut durant le délai de l'opposition* ».

S'agit-il au contraire d'un défaut *contre partie* ou autrement dit *faute de comparaître?* le jugement permettra de commencer la poursuite en expropriation, sauf la suspension qui pourra résulter de l'opposition si elle est formée. Il n'y a pas ici de *délai* pour l'opposition, qui est recevable jusqu'à l'exécution du jugement (C. pr., art. 158), et par conséquent ce cas est étranger aux prévisions de l'art. 2215.

1569. Aux termes de l'art. 2216 : « *La poursuite ne peut être annu-* » *lée sous prétexte que le créancier l'aurait commencée pour une somme* » *plus forte que celle qui lui est due* ». Notre droit actuel ne connaît plus les conséquences rigoureuses que le droit romain attachait à la *plus-pétition*.

1570. Le cessionnaire d'une créance acquérant tous les droits qui appartenaient au cédant, il s'ensuit qu'il peut, comme l'aurait pu celui-ci et sous les mêmes conditions, poursuivre l'expropriation forcée des immeubles du débiteur, pourvu toutefois qu'il ait signifié le transport à ce débiteur ou obtenu son acceptation dans un acte authentique (arg. art. 1690), car jusque-là la cession n'est pas oppo-

sable au débiteur cédé (*supra*, n. 628). Ces idées sont incomplètement exprimées dans l'art. 2214 : « *Le cessionnaire d'un titre exécutoire ne » peut poursuivre l'expropriation qu'après que la signification du trans- » port a été faite au débiteur* ».

3. *Contre qui l'expropriation peut être poursuivie.*

1571. En règle générale, l'expropriation forcée ne peut être poursuivie que contre le propriétaire ou son représentant. L'art. 2208 ne fait guère qu'appliquer et développer ce principe : « *L'expropriation » des immeubles qui font partie de la communauté, se poursuit contre le » mari débiteur, seul, quoique la femme soit obligée à la dette. — Celle des » immeubles de la femme qui ne sont point entrés en communauté, se » poursuit contre le mari et la femme, laquelle, au refus du mari de » procéder avec elle, ou si le mari est mineur, peut être autorisée en » justice. — En cas de minorité du mari et de la femme, ou de minorité » de la femme seule, si son mari majeur refuse de procéder avec elle, il » est nommé par le tribunal un tuteur à la femme, contre lequel la pour- » suite est exercée* ».

Le mari est propriétaire des immeubles de la communauté pour sa part, et représentant de sa femme pour la part qui appartient éventuellement à celle-ci ; il est donc tout simple que l'expropriation des immeubles de la communauté soit poursuivie contre lui et contre lui seul, comme le décide l'alinéa 1 de notre article.

Quant aux immeubles qui appartiennent en propre à la femme, la loi établit une distinction. La femme est-elle majeure ? l'expropriation sera poursuivie contre elle-même, autorisée comme de droit. La femme est-elle mineure ? l'expropriation sera encore poursuivie contre elle, si son mari veut et peut l'assister. S'il ne ne le veut ou ne le peut, alors il est nommé à la femme un tuteur contre lequel l'expropriation est poursuivie. Nous avons tenté une explication nouvelle de cette disposition, t. I, n. 1127.

La loi ne dit pas contre qui sera poursuivie l'expropriation des immeubles appartenant à un mineur ou à un interdit ; mais il est facile de combler cette lacune. En ce qui concerne le mineur non émancipé et l'interdit, la poursuite sera dirigée contre le tuteur (arg. art. 464) ; en ce qui regarde le mineur émancipé, contre lui-même assisté de son curateur (art. 482) : le tout, sauf le bénéfice de l'art. 2206.

Le principe, que l'expropriation forcée doit être poursuivie contre le propriétaire ou contre son représentant, souffre une exception qui nous est connue : le créancier, ayant hypothèque ou privilège sur un immeuble, peut suivre son gage entre les mains du détenteur, quel qu'il soit, et en poursuivre l'expropriation contre lui ou, s'il délaisse, contre le curateur à l'immeuble délaissé.

4. Tribunal compétent pour les poursuites en expropriation.

1572. En principe, l'expropriation forcée d'un immeuble doit être poursuivie devant le tribunal dans le ressort duquel il est situé. Au cas où l'immeuble serait situé dans le ressort de plusieurs tribunaux, l'art. 2210 al. 2 dispose : « *Elle est suivie dans le tribunal dans le » ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation, ou à défaut de » chef-lieu, la partie de biens qui présente le plus grand revenu, d'après » la matrice du rôle* ».

A cette règle l'art. 2211 apporte une exception, qui se justifie d'elle-même : « *Si les biens hypothéqués au créancier, et les biens non hypo- » théqués, ou les biens situés dans divers arrondissements, font partie » d'une seule et même exploitation, la vente des uns et des autres est » poursuivie ensemble, si le débiteur le requiert; et ventilation se fait du » prix de l'adjudication, s'il y a lieu* ».

5. Forme de la saisie immobilière.

1573. « *Toute poursuite en expropriation d'immeubles doit être pré- » cédée d'un commandement de payer, fait, à la diligence et requête du » créancier, à la personne du débiteur ou à son domicile, par le minis- » tère d'un huissier. — Les formes du commandement et celles de la pour- » suite sur l'expropriation sont réglées par les lois sur la procédure* » (art. 2217).

CHAPITRE II

DE L'ORDRE ET DE LA DISTRIBUTION DU PRIX ENTRE LES CRÉANCIERS

1574. « *L'ordre et la distribution du prix des immeubles, et la ma- » nière d'y procéder, sont réglés par les lois sur la procédure* » (art. 2218).

Voyez à ce sujet les art. 656 et s., 749 et s., 775 et s. du code de procédure civile.

TITRE XX

De la prescription.

1575. Etymologie. — On sait que, dans le but de combler une lacune que présentait l'institution de l'usucapion à Rome, le préteur introduisit la prescription de long temps, *longi temporis præscriptio*. A la différence de l'usucapion, la *præscriptio longi temporis* n'était pas un mode d'acquisition de la propriété, elle engendrait seulement au profit de celui qui était en situation de l'invoquer une exception contre l'action en revendication du propriétaire. Cette exception, à l'origine tout au moins, offrait cette particularité qu'elle figurait en tête de la formule d'action délivrée par le magistrat, elle était *præ scripta*. D'où le nom de *prescription*, que cette institution reçut au début, et qu'elle porte encore dans notre droit actuel, bien que le souvenir de ce détail de procédure soit depuis longtemps effacé.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

1576. Définition. — Nous avons une définition légale de la prescription : « *La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par* » *un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi* » (art. 2219).

On voit par cette définition qu'il y a deux espèces de prescription : la prescription acquisitive ou *usucapion* (1), qui nous fait acquérir (*capere usu*) la propriété d'une chose (art. 712), et la prescription libératoire ou extinctive, qui nous libère d'une obligation en l'éteignant (art. 1234 *in fine*).

Le temps est l'élément commun à ces deux prescriptions, et c'est pourquoi le législateur l'a indiqué dans la définition; sa durée varie beaucoup suivant les cas, sans jamais dépasser trente années.

Mais le temps, à lui tout seul, ne peut rien créer ni rien détruire. D'autres éléments doivent donc venir s'y ajouter, pour que la prescription s'accomplisse : ils varient, suivant que la prescription est acquisitive ou libératoire. Notre article les comprend d'une manière générale dans cette formule : *et sous les conditions déterminées par la loi.*

Quelles sont ces conditions? Sans anticiper ici sur des explications qui viendront en leur temps, nous pouvons dire tout de suite qu'elles consistent principalement : pour la prescription acquisitive, dans la possession légale de la chose à prescrire, et pour la prescription libératoire, dans l'inaction du créancier.

En tenant compte de ces deux nouveaux éléments, on peut donner les définitions suivantes.

La prescription acquisitive *est un mode d'acquisition de la propriété, résultant de la possession légale prolongée pendant un certain temps.* Ainsi je m'empare d'un immeuble qui appartient à mon voisin, et je le possède pendant trente années comme s'il m'appartenait. Au bout de ce temps, le fait se sera transformé en droit; si le propriétaire réclame son bien, je pourrai lui opposer la prescription, et il succombera.

La prescription libératoire *est un mode de libération résultant de l'inaction du créancier pendant le temps fixé par la loi.* Je suis débiteur d'une somme d'argent; pendant trente ans, mon créancier néglige d'exercer contre moi aucune réclamation. Je suis libéré ; s'il me poursuit, je pourrai le payer en monnaie de prescription.

(1) Le mot *usucapion* ne figure pas dans le vocabulaire du code civil ; la doctrine l'emploie néanmoins assez fréquemment.

Que la prescription acquisitive soit un mode d'acquisition de la propriété, on n'en saurait douter : l'art. 712 le dit positivement, et l'art. 2219 le répète. Il résulte avec non moins d'évidence des art. 1234 *in fine* et 2219 que la prescription extinctive est un mode de libération.

1577. Fondement de la prescription. — La première pensée, qu'éveillent dans l'esprit les définitions que nous venons de donner de la prescription, est qu'elle constitue un acte de spoliation : le propriétaire est dépouillé de son droit de propriété, le créancier, de son droit de créance.

S'il en était ainsi, la prescription serait un brandon de discorde entre les particuliers, une véritable machine de guerre. Tout autre est sa destination. Notre législateur l'a accueillie comme un instrument de paix; il en a fait le couronnement de l'édifice du code civil, parce qu'elle consolide tous les droits que ce code établit dans les titres précédents.

Rien en effet ne serait stable ici-bas sans la prescription. Un propriétaire ne serait jamais assuré de conserver son bien ; un débiteur n'aurait jamais la certitude de ne pas être obligé de payer deux fois.

Nous disons d'abord que, sans la prescription, nul ne serait assuré de conserver son bien. La raison en est que la preuve du droit de propriété serait souvent impossible. En effet, pour prouver qu'un bien m'appartient, ce qui peut m'être nécessaire pour triompher dans une action en revendication contre un usurpateur, il ne me suffit pas de démontrer que j'ai acquis ce bien en vertu d'un titre translatif de propriété, tel que vente, échange, donation entre vifs ou testamentaire...; il faut en outre que je prouve que mon auteur était propriétaire, car il n'a pu me transférer la propriété qu'à cette condition, *nemo dat quod non habet.* Mais, pour prouver le droit de propriété de mon auteur, il faut que je prouve le droit de propriété de tous ceux par les mains desquels le bien a successivement passé avant de lui parvenir; car si un seul anneau de la chaîne se trouve rompu, s'il existe un seul de ces auteurs qui n'ait pas été propriétaire, il n'a pu transmettre la propriété, et par suite tous ceux qui lui ont succédé dans le bien, n'ont pu l'acquérir. La prescription simplifie beaucoup les choses : elle rend le fardeau de la preuve moins lourd, en dispensant celui à qui il incombe de l'obligation de remonter jusqu'aux origines de la propriété, c'est-à-dire jusqu'au déluge ; il prouvera que lui ou ses auteurs sont en possession depuis plus de trente ans, et tout sera dit. Elle vient aussi au secours du propriétaire qui a perdu son titre d'acquisition, ce qui peut arriver facilement s'il est sous seing privé,

et elle n'apparaît pas comme moins légitime dans cette hypothèse que dans la précédente.

Nous avons ajouté que, sans la prescription, nul débiteur n'eût été assuré, après avoir payé sa dette, d'être définitivement libéré, de ne pas être obligé de payer une seconde fois. En effet il est possible que le débiteur perde la quittance qui lui a été délivrée lors du paiement, ou qu'elle soit détruite par un cas fortuit. D'un autre côté, s'il s'agit de dettes anciennes, le débiteur aura souvent supprimé volontairement le titre qui constatait sa libération ; conserve-t-on des quittances pendant un siècle ? Dans l'une et l'autre hypothèse, le débiteur n'a plus entre les mains la preuve du paiement. La prescription suppléera souvent en pareil cas au titre qui lui manque, en lui permettant de se soustraire à l'injuste réclamation du créancier qui a déjà été payé.

Ainsi, d'une part, la prescription consolide les titres légitimes de propriété qui ne se suffisent pas à eux-mêmes, ou supplée au titre perdu; d'autre part, elle met le débiteur, qui a payé sa dette, à l'abri de la réclamation formée par un créancier malhonnête, qui sait que la quittance a été perdue ou supprimée. Elle rassure donc les particuliers, en protégeant leur patrimoine contre d'injustes réclamations. Par là cette institution rend de grands services à la société, et c'est en l'envisageant à ce point de vue que nos anciens lui ont décerné le titre de *patrona generis humani*.

1578. Mais toutes les institutions humaines ont leur côté faible ; la prescription n'échappe pas à cette règle. Accidentellement, elle assurera le triomphe d'un usurpateur contre le véritable propriétaire; ou bien elle libèrera un débiteur qui n'a pas payé sa dette, et le créancier sera sacrifié.

Je m'empare d'un fonds de terre qui appartient à mon voisin ; pendant trente ans, je le possède, et je me comporte de tous points comme si j'en étais le véritable propriétaire; après ce laps de temps, le voisin, qui jusque-là avait gardé le silence, revendique son fonds contre moi. En lui opposant la prescription, j'obtiendrai gain de cause !

Ou bien je suis débiteur d'une somme d'argent ; trente ans s'écoulent depuis l'échéance, sans que je songe à payer ma dette; puis le créancier se décide enfin à me demander le paiement. Si j'oppose la prescription, le juge devra me déclarer libéré !

La prescription aura donc abouti dans le premier cas à la spoliation du propriétaire, et dans le second à la spoliation du créancier. N'est-ce pas d'une injustice révoltante?

Ne nous hâtons pas tant de nous apitoyer sur le sort du propriétaire ou du créancier que la prescription dépouille, et de maudire le possesseur ou le débiteur qu'elle enrichit.

D'abord on peut reprocher tout au moins une grande négligence au propriétaire ou au créancier, qui est victime de la prescription.

En ce qui concerne le premier, pourquoi donc est-il resté trente ans sans revendiquer son bien? Ce long silence n'a-t-il pas autorisé l'usurpateur à croire que le propriétaire renonçait à son droit de propriété, qu'il sanctionnait l'usurpation, puisqu'il négligeait de la réprimer? N'est-il pas vrai de dire avec la loi romaine : *vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi* (l. 28, D., *De V. S.*)?

Et, si nous considérons maintenant le créancier, comment expliquer son inaction pendant le long délai de la prescription, sa mansuétude à l'égard du débiteur qu'il a négligé de poursuivre? Celui-ci n'a-t-il pas dû penser, au bout d'un certain temps, que le créancier renonçait à sa créance, qu'il lui faisait remise de sa dette?

D'autre part, après l'expiration du long délai de la prescription, le possesseur ou le débiteur, pensant ne plus jamais être inquiétés, ont sans doute réglé définitivement le budget de leur maison sur leurs ressources actuelles. En outre le possesseur, au profit duquel s'est accomplie la prescription acquisitive, a peut-être fait de grandes dépenses d'amélioration.

Serait-il juste à présent de donner satisfaction à la réclamation tardive du propriétaire ou du créancier?

En tout cas, si, dans quelques rares hypothèses, la prescription paraît conduire à des résultats que l'équité désavoue, on peut bien le lui pardonner en échange des services immenses qu'elle rend à la société. Sans elle, il n'y aurait plus de sécurité dans les transactions, plus de stabilité dans les fortunes privées, plus de paix entre les particuliers ni d'ordre dans l'Etat. C'est la pensée qui animait l'orateur du gouvernement, lorsqu'il disait dans l'exposé des motifs de la loi : « De toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social ». Aussi la prescription a-t-elle trouvé place dans la législation de tous les peuples civilisés.

1579. Comparaison entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive. — Pothier dit que ces deux espèces de prescription n'ont rien de commun. On s'explique ainsi facilement qu'il en ait traité séparément, consacrant à la première un traité spécial intitulé *De la prescription qui résulte de la possession,* et à la seconde, un chapitre de son traité *Des obligations* (chap. VIII de la 3e partie).

Mais, en dépit de l'assertion du maître, il y a de nombreux points de contact entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive. Aussi les rédacteurs du code civil ont-ils traité de l'une et de l'autre dans un même titre, sans doute parce qu'ils ont pensé qu'en procédant autrement ils s'exposeraient à de nombreuses redites.

Nous allons signaler d'abord les principaux points communs aux deux prescriptions, puis nous indiquerons les différences qui les séparent.

a. Règles communes aux deux espèces de prescription.

1580. 1° Les dispositions des art. 2220 à 2227, qui composent le préambule de notre titre, sont applicables en général à la prescription soit acquisitive, soit extinctive.

2° Le calcul du délai se fait d'après les mêmes règles pour l'une et l'autre prescription (art. 2260 et 2261).

3° Les deux prescriptions sont également régies par les mêmes règles en ce qui concerne les causes de suspension et les causes d'interruption.

b. Différences entre les deux espèces de prescription.

1581. Voici maintenant les principales différences.

1° La prescription acquisitive ne peut avoir pour objet que des immeubles ou certains droits réels immobiliers, savoir : les servitudes continues et apparentes (art. 690), l'usufruit, l'usage et l'habitation (arg. art. 579 et 625), auxquels il faut ajouter l'emphytéose, si on la considère comme un droit réel. — La prescription extinctive, au contraire, s'applique en général à toute espèce de droits et d'actions tant réels que personnels. Il faut excepter cependant le droit de propriété, qui n'est pas susceptible de se perdre par le simple non-usage. La raison en est sans doute que la prescription ne peut être qu'une cause d'acquisition ou de libération, mais non une cause d'extinction pure et simple d'un droit qu'elle ne ferait acquérir à personne. En supposant que le droit du propriétaire pût périr par le simple non-usage pendant trente ans, sans que personne l'ait exercé à sa place, à qui irait la propriété après ce long délai ? On ne pourrait que l'attribuer à l'Etat ou au premier occupant, et l'une de ces solutions ne serait pas plus satisfaisante que l'autre.

2° La prescription acquisitive peut être la source d'une action ou d'une exception au profit de celui qui a prescrit. Ainsi la prescription, acquise relativement à un immeuble, me permettra, soit d'exercer une action en revendication contre le détenteur, si j'en ai perdu la possession, soit, si je possède, d'opposer une exception péremptoire à l'action en revendication que le propriétaire dirigerait contre moi. — Au contraire la prescription extinctive, n'étant qu'un moyen de repousser une action, n'engendre jamais qu'une exception.

3° La prescription acquisitive est régie par la loi du lieu où est située la chose prescrite, *lex rei sitæ* (arg. art. 3 al. 2), tandis que la prescription extinctive est régie par la loi du domicile du débiteur. Cass., 19 mai 1884, Sir., 85. 1. 113.

§ I. *Quels biens sont susceptibles de prescription.*

1582. « *On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point* » *dans le commerce* », dit l'art. 2226. Ainsi toutes les choses, qui font partie du domaine public national, départemental ou communal, ne sont pas susceptibles d'être acquises par la prescription, par exemple le terrain affecté à un chemin classé. Les choses qui sont dans le commerce, c'est-à-dire celles qui ont un maître et qui peuvent en changer, sont seules susceptibles de prescription.

* M. Laurent prétend (t. 32, n. 221) que l'art. 2226 n'a pas été seulement écrit en vue de la prescription acquisitive, ainsi que cela paraît résulter du mot *domaine*, mais aussi en vue de la prescription extinctive. On ne peut pas plus, dit cet auteur, perdre par prescription les droits qui sont hors du commerce qu'on ne peut les acquérir. Comme exemple il cite les droits relatifs à l'état des personnes. Mais précisément l'état est une propriété, et la règle, que le droit de propriété n'est pas susceptible de périr par la prescription extinctive, suffit à justifier cette proposition, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer à l'appui l'art. 2226, qui paraît bien par ses termes tout à fait étranger à cette hypothèse.

1583. Il y a en général corrélation entre la prescriptibilité et l'aliénabilité : en principe les biens aliénables sont prescriptibles, de même qu'en sens inverse les biens inaliénables sont imprescriptibles. Cette double règle n'est pas cependant sans exceptions. Ainsi les servitudes discontinues sont aliénables, et cependant elles ne peuvent pas être acquises par la prescription (art. 691). En sens inverse, les immeubles dotaux deviennent prescriptibles après la séparation de biens, et cependant ils demeurent inaliénables (art. 1561 al. 2). Sont prescriptibles également les immeubles dotaux dont la prescription a commencé avant le mariage, et cependant ils ne peuvent être aliénés (art. 1561 al. 1).

§ II. *De la renonciation à la prescription.*

1584. *On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription : on peut* » *renoncer à la prescription acquise* ». Ainsi s'exprime l'art. 2220. « La prescription étant nécessaire pour le maintien de l'ordre social », dit l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs de la loi, « elle fait partie du droit public, auquel il n'est pas libre à chacun de déroger (art. 6) ». Voilà pourquoi il n'est pas permis de renoncer d'avance à la prescription, de renoncer à une prescription non encore acquise. Au contraire, la renonciation à une prescription acquise ne peut causer aucun préjudice à la société. Tout ce que l'intérêt social exige, c'est que les actions aient un terme ; mais il ne demande nullement que celui au profit duquel la prescription s'est accomplie soit forcé d'en bénéficier. Libre à lui de renoncer au droit que la prescription lui a fait acquérir, si ce mode d'acquisition répugne à sa conscience. La société ne peut que gagner à cet acte de délicatesse.

Etudions maintenant avec détails les deux règles contenues dans l'art. 2220 : — on ne peut renoncer d'avance à la prescription; — on peut renoncer à une prescription acquise.

1585. *On ne peut renoncer d'avance à la prescription.* La pratique n'offre guère d'exemples de renonciation anticipée à une prescription acquisitive, et il faut en effet imaginer des hypothèses très peu vraisemblables, que nous ne prendrons même pas la peine d'indiquer, pour concevoir comment un possesseur, qui se trouve dans les conditions requises pour prescrire, pourrait être amené à faire une semblable renonciation.

Il faut d'ailleurs bien se garder de confondre la renonciation anticipée à la prescription, nulle aux termes de l'art 2220, avec la reconnaissance faite par le possesseur de la précarité de sa possession, reconnaissance qui a pour résultat de rendre la prescription impossible. Ainsi vous me demandez l'autorisation d'ouvrir des fenêtres d'aspect dans le mur de votre maison, qui est contigu à ma propriété; j'aurais le droit de m'y opposer, puisque votre mur n'est pas à la distance légale ; cependant, comme ces vues ne doivent me causer aucune gêne pour le moment, je consens à ce que vous demandez, mais en expliquant bien que c'est une simple tolérance de ma part et que j'entends me réserver le droit de faire boucher vos ouvertures le jour où elles me gêneront, quelque longue qu'ait été votre possession. Nous rédigeons un acte écrit pour constater cette convention. Elle a pour résultat de rendre votre possession précaire, et par suite la prescription impossible à votre profit, parce que les possesseurs à titre précaire ne prescrivent pas, *etiam per mille annos* (art. 2229 et 2236) ; à moins cependant que votre titre de possession n'ait été interverti conformément à l'art. 2238.

Maintenant, comme il faut apprécier les conventions des parties *re* plutôt que *verbis,* c'est-à-dire en allant au fond des choses plutôt qu'en considérant l'enveloppe, en recherchant la pensée qui se cache sous les paroles sans trop s'attacher au sens littéral d'expressions impropres que les parties auraient employées, il en résulte qu'une convention, aux termes de laquelle un possesseur déclare renoncer à l'avance à se prévaloir de la prescription, ne sera pas nulle, s'il est avéré en fait qu'elle équivaut à une reconnaissance faite par le possesseur de la précarité de sa possession. Ainsi on conçoit que, dans l'exemple qui vient d'être proposé tout à l'heure, l'acte ait pu être rédigé de la manière suivante : « Le propriétaire du terrain consent à ce que des fenêtres d'aspect soient établies dans le mur de la maison qui le touche; mais il aura le droit de les faire boucher quand elles le gêneront, *le propriétaire de la maison renonçant d'avance à se prévaloir de la prescription, quelque longue qu'ait été sa possession* ». En apparence il y a là une renonciation anticipée à la prescription, qui devrait être nulle aux termes de l'art. 2220 ; en réalité, la clause ne contient qu'une reconnaissance faite par le propriétaire de la maison de la précarité de sa possession, précarité qui rend la prescription impossible (art. 2236). La possession du propriétaire de la maison est de telle nature qu'elle ne peut pas conduire à la prescription ; alors comment pourrait-il renoncer à la prescription, puisqu'elle n'est pas possible ?

1586. Si l'on conçoit difficilement la possibilité d'une renonciation, méritant véritablement ce nom, faite d'avance à une prescription acquisitive, on conçoit fort bien au contraire la possibilité d'une renonciation anticipée à la prescription extinctive. Les renonciations de

cette nature auraient été fréquentes dans la pratique, si le législateur ne les avait pas proscrites; il eût même été à craindre qu'elles ne devinssent de style dans les actes, et en fait les dispositions de la loi relatives à cette prescription, qui est basée sur des considérations d'ordre public, seraient demeurées sans application; la volonté des parties aurait tenu la loi en échec.

Nous disons qu'on aurait usé et abusé dans la pratique de la renonciation anticipée à la prescription extinctive, si le législateur l'avait autorisée. Souvent en effet elle aurait été provoquée par le créancier, et le débiteur aurait été obligé de la consentir pour obtenir le crédit qu'il sollicite; car un refus de sa part eût été la preuve d'intentions déloyales. Quel est donc celui, par exemple, qui, au moment de contracter un emprunt, aurait refusé de s'engager envers le prêteur qui le réclame à ne jamais se prévaloir contre lui de la prescription? Autant vaudrait que l'emprunteur vînt dire : « Je suis un malhonnête homme; tous les moyens me sont bons pour me soustraire à l'exécution de mes engagements, la prescription comme les autres »; et il se verrait infailliblement refuser les fonds dont il a besoin.

C'est donc surtout à la prescription extinctive que s'appliquera, dans le domaine des faits, la prohibition de renoncer d'avance à la prescription. Mais, nous le répétons, le principe est formulé par la loi dans les termes les plus généraux, et par conséquent il comprend aussi la prescription acquisitive, sauf à demeurer inutile sur ce dernier point.

1587. Si l'on ne peut pas renoncer d'avance à se prévaloir de la prescription, on ne peut pas non plus valablement convenir que la prescription s'accomplira par un temps plus long que celui fixé par la loi. S'interdire le droit d'invoquer la prescription avant l'expiration d'un délai de quarante années par exemple, quand la loi fixe le délai de la prescription à trente ans, c'est renoncer en partie au bénéfice d'une prescription future; or la loi prohibe toute espèce de renonciation, car elle ne distingue pas. Qui ne voit d'ailleurs que la validité d'une semblable renonciation conduirait au renversement de la règle établie par l'art. 2220? On pourrait en effet convenir que la prescription ne s'accomplira que par cent ans, par mille ans... : ce qui équivaudrait à dire qu'elle ne pourra pas avoir lieu.

En sens inverse, pourrait-on valablement convenir que la prescription s'accomplira dans telle hypothèse déterminée par un laps de temps plus court que celui fixé par la loi? Cette clause se rencontre souvent dans les polices d'assurances. L'assureur stipule ordinairement que toute action en indemnité de la part de l'assuré devra être exercée à peine de déchéance dans le délai d'un an à compter du sinistre : ce qui revient à substituer une prescription conventionnelle d'un an à la prescription légale de trente années. Sans oser affirmer que de semblables clauses soient toujours valables, nous croyons pouvoir dire qu'elles devront le plus souvent être jugées telles, parce qu'elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public. L'ordre public exige bien que le temps de la prescription ne soit pas allongé, mais il n'exige point qu'il ne soit pas raccourci. La convention des parties doit donc s'exécuter.

1588. Entre les deux hypothèses que prévoit la loi, celle de la renonciation à une prescription non commencée, qu'elle prohibe, et celle de la renonciation à une prescription acquise, qu'elle autorise, se place une hypothèse intermédiaire, celle de la renonciation à une prescription *en cours,* c'est-à-dire à une prescription qui a couru pendant un certain temps, mais n'est pas encore accomplie. Une semblable renonciation est-elle valable? Il faut appliquer ici distributivement les règles, que la loi établit pour les deux hypothèses extrêmes entre lesquelles celle que nous venons de prévoir forme un moyen terme : la renonciation sera valable pour ce qui est acquis, c'est-à-dire en tant qu'elle s'applique au passé, mais nulle en tant qu'elle s'applique à l'avenir. En un mot, celui qui fait une semblable renonciation perdra le bénéfice du temps écoulé : sa situation sera la même que si la prescription n'avait pas commencé à courir; mais ses droits pour l'avenir demeureront intacts; la prescription pourra donc recommencer à courir immédiatement. C'est dire que la renonciation qui nous occupe équivaut à une interruption de la prescription.

1589. Formes de la renonciation à la prescription acquise. — La renonciation à la prescription acquise n'est assujettie à aucune condition particulière de forme. On en trouve la preuve dans l'art. 2221 : « *La renonciation à la prescription* (acquise) *est expresse ou* » *tacite...* ». C'est l'application du droit commun qui régit les renonciations, à l'exception de celles qui constituent des actes solennels, comme la renonciation à succession (art. 784).

La renonciation expresse est celle qui est faite *expressis verbis;* elle résulte donc d'une déclaration de volonté. Pour la preuve, elle demeure soumise aux règles du droit commun.

« *La renonciation tacite* », dit l'art. 2221 *in fine,* « *résulte d'un fait* » *qui suppose l'abandon du droit acquis* ». Nul n'etant facilement présumé renoncer à son droit, *nemo res suas jactare facile præsumitur,* il en résulte que la renonciation à la prescription ne saurait s'induire d'actes équivoques, mais seulement d'actes auxquels il est impossible de donner une autre interprétation. Comme exemple on peut citer le cas d'un débiteur, qui, après l'accomplissement de la prescription, reconnaît sa dette, ou demande à son créancier de lui accorder un terme pour le paiement, ou bien lui fournit une sûreté, telle que caution, gage ou hypothèque. Le juge du fait apprécie souverainement les circonstances d'où l'on prétend induire la renonciation tacite à la prescription. Cass., 21 mai 1883, Sir., 84. 1. 422, et 3 mars 1885, Sir., 86. 1. 360.

Expresse ou tacite, la renonciation à la prescription constitue un acte unilatéral ; elle est donc valable indépendamment de l'acceptation de celui à qui elle doit profiter.

1590. Il est admis en doctrine, sauf le dissentiment de M. Laurent, que la renonciation à une prescription acquise ne constitue pas une aliénation, mais plutôt une restitution du bien d'autrui. Celui qui renonce à une prescription accomplie manque seulement d'acquérir, il n'aliène pas; la renonciation empêche le bien d'entrer dans son patrimoine, elle ne l'en fait pas sortir. Il résulte en effet des art. 2223 et 2224

que la prescription n'opère pas de plein droit; il faut qu'elle soit opposée; le juge ne peut pas suppléer ce moyen d'office, s'il n'est pas invoqué par qui de droit. Qu'est-ce à dire, sinon que la prescription ne suffit pas à elle seule pour faire acquérir la propriété, qu'il faut en outre que celui qui a prescrit manifeste la volonté de devenir propriétaire, et que par conséquent il ne le sera jamais devenu s'il manifeste une volonté contraire : ce qui arrive quand il renonce à la prescription? L'art 2219 ne contredit en rien cette solution, quand il nous dit que la prescription est un moyen d'acquérir la propriété par un certain laps de temps, car il ajoute immédiatement : *et sous les conditions déterminées par la loi;* or l'une de ces conditions est précisément que la prescription soit opposée. On a invoqué à tort également, au soutien de l'opinion contraire, l'art. 2221 qui nous présente la renonciation comme étant l'abandon d'un *droit acquis.* Résulte-t-il de là, comme on le prétend, que la propriété était acquise de plein droit à celui qui a prescrit, au moment où il renonce? Nullement. Il y avait pour lui droit acquis à invoquer la prescription; c'est de ce droit qu'il se dépouille par sa renonciation. D'ailleurs l'opinion, qui considère la renonciation à une prescription acquise comme constituant une aliénation, conduirait logiquement à décider que cette renonciation doit être transcrite s'il s'agit d'un immeuble (arg. art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855), et qu'elle donne lieu à la perception d'un droit de mutation au profit de l'Etat; or ces conséquences sont inadmissibles, et rejetées par nos adversaires eux-mêmes.

1591. Capacité nécessaire pour renoncer à une prescription acquise. — Si la renonciation à la prescription n'est pas une aliénation, elle y ressemble du moins beaucoup; car elle a pour conséquence, soit d'empêcher un bien d'entrer dans le patrimoine du renonçant, ce qui, au point de vue du résultat, équivaut à peu près à l'en faire sortir, soit d'imposer à ce même patrimoine une charge dont on aurait pu le libérer en invoquant la prescription, ce qui équivaut à aliéner les biens qu'il faudra sacrifier pour exécuter la charge. Cette simple considération suffit à expliquer la disposition de l'art. 2222 : « *Celui qui ne peut aliéner, ne peut renoncer à la prescription* » *acquise* ».

Ainsi une personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut pas renoncer à une prescription acquise, sans l'assistance de son conseil. De même, une femme mariée ne peut pas en principe faire une semblable renonciation, sans l'autorisation de son mari ou de la justice.

Tout le monde admet qu'un mineur non émancipé est incapable de renoncer à une prescription acquise. Il est même douteux que son tuteur puisse valablement renoncer pour lui. En tout cas, il ne le pourrait pas sans remplir les formalités requises pour l'aliénation du bien que la prescription a fait acquérir au mineur.

Il faudrait faire l'application du même principe au mineur émancipé.

§ III. *Effet de la prescription accomplie.*

1592. « La prescription », dit l'art. 2219, « est un moyen d'acquérir » ou de se libérer ». Une acquisition ou une libération, tel est donc l'effet de la prescription. Cet effet se produit-il de plein droit, par cela seul que la prescription est accomplie? Non; il faut encore que la

prescription soit opposée par celui qui a le droit de s'en prévaloir. C'est ce que dit en d'autres termes l'art. 2223 : « *Les juges ne peuvent* » *pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* ».

Le juge ne peut donc avoir égard à la prescription qu'autant qu'elle est *opposée,* c'est-à-dire invoquée comme moyen de défense ou d'attaque dans des conclusions formelles. Quelle en est la raison? La prescription, comme on l'a fort bien dit, soulève un scrupule de conscience; car dans certains cas elle peut aboutir à une spoliation. Si le législateur a cru néanmoins devoir l'admettre dans tous les cas, pour des motifs d'intérêt social, au moins fallait-il en laisser la responsabilité, en tant qu'elle peut avoir quelque chose d'odieux, à celui auquel elle doit profiter. Qu'il s'interroge lui-même, et soit juge en sa propre cause! La loi met dans ses mains une arme dont l'usage peut être déloyal; à lui de juger s'il doit s'en servir. Le malhonnête homme sera ainsi forcé d'avoir au moins le courage de sa déloyauté.

Celui qui veut opposer la prescription doit prendre, avons-nous dit, des conclusions formelles en ce sens. Cass., 16 novembre 1886, Sir., 87. 1. 72. La formule banale, qui termine d'ordinaire les requêtes adressées aux juges : *et par tous autres moyens de droit qu'il vous plaira suppléer d'office,* n'est pas assez précise pour comprendre le moyen tiré de la prescription. Ce n'est pas à dire qu'une formule sacramentelle s'impose à celui qui veut invoquer la prescription; il suffit qu'il exprime sa volonté à cet égard dans des termes qui ne laissent pas place au doute : c'est une question d'interprétation de conclusions, une question de fait par conséquent.

1593. A quel moment la prescription doit être opposée. « *La* » *prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la* » *Cour royale, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de* » *la prescription ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir* » *renoncé* » (art. 2224).

= *En tout état de cause.* Cependant la prescription ne pourrait plus être opposée à partir du moment où le tribunal a déclaré par l'organe de son président que *la cause est entendue.*

= *Même devant la Cour royale.* La première édition du code portait : *même devant le* TRIBUNAL D'APPEL, expression plus compréhensive, qui embrassait, non seulement les cours d'appel, mais aussi les tribunaux de première instance statuant comme juges d'appel des sentences rendues par des tribunaux de paix. La modification, que ce texte a subie dans l'édition de 1807 et dans celle de 1816, pour des motifs exclusivement politiques, n'en a certainement pas changé le sens.

En permettant d'opposer pour la première fois la prescription devant la cour d'appel, notre article ne fait qu'une application de la règle générale qui permet d'invoquer en cause d'appel des moyens nouveaux.

Mais encore faut-il, pour que la prescription puisse être opposée pour la première fois en appel, que celui qui l'invoque n'y ait pas renoncé tacitement. Cpr. Nancy, 2 mars 1882, Sir., 83. 1. 121. C'est là tout ce que signifie la partie finale de notre article, qui se trouve formuler ainsi une proposition à peu près inutile, et encore dans des termes défectueux. Nous avons donné plus haut des exemples de renonciation tacite (n. 1589). On voit par notre article qu'elle ne résulte pas de ce seul fait que celui au profit de qui la prescription s'est accomplie ne l'a pas opposée en pre-

mière instance. Peut-être ignorait-il l'existence de la prescription; peut-être aussi a-t-il mis en réserve, pour l'invoquer comme dernière ressource, un moyen qu'il hésitait à proposer, parce qu'il craignait la censure de l'opinion publique ou celle plus redoutable encore de sa conscience.

Disons en terminant qu'on ne serait pas dispensé d'opposer la prescription en cause d'appel, parce qu'on l'aurait déjà opposée en première instance. C'est une règle absolue que le juge ne peut pas suppléer d'office le moyen de la prescription. D'ailleurs la partie, qui a obtenu gain de cause en première instance, sur le fondement de la prescription, doit être considérée comme l'opposant encore en appel, par cela seul qu'elle conclut à ce que la cour confirme le jugement du tribunal de première instance *par les mêmes motifs*. Nous l'avons déjà dit, il n'y a pas de formule sacramentelle, s'imposant au plaideur qui veut invoquer la prescription; il suffit qu'il en manifeste positivement la volonté dans des termes quelconques.

Si la prescription peut être proposée pour la première fois en cause d'appel, elle ne peut pas l'être pour la première fois en cassation. En effet la cour suprême ne peut casser une décision judiciaire qu'autant qu'elle a violé la loi; or le juge n'a pas violé la loi en ne tenant pas compte de la prescription qui n'était pas opposée, puisque l'art. 2223 lui défend de suppléer ce moyen d'office.

Mais, si le jugement ou l'arrêt est cassé pour une autre cause, la prescription peut être invoquée devant le tribunal auquel l'affaire a été renvoyée, à moins que la partie ne doive être considérée comme y ayant tacitement renoncé. La jurisprudence de la cour de cassation est constante dans ce sens.

1594. Qui peut se prévaloir de la prescription. — A qui elle peut être opposée. — La prescription soit acquisitive, soit extinctive court en principe au profit de toutes personnes, même des personnes civiles, et contre toutes personnes, sauf les causes de suspension admises par la loi.

Cette double proposition résulte de l'art. 2227 : « *L'Etat, les établis-* » *sements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions* » *que les particuliers, et peuvent également les opposer* ».

Cet article abroge les privilèges dont les personnes civiles jouissaient autrefois. « Dans notre ancienne France, dit M. Glasson (Eléments du droit français..., t. I, p. 420), des privilèges avaient soumis à des prescriptions spéciales ou même déclaré imprescriptibles certains droits. Ainsi le vassal et le censitaire ne pouvaient pas prescrire contre les droits seigneuriaux et féodaux. De même on ne pouvait acquérir par prescription un bien de l'Eglise que par une possession de bonne foi et de 40 ans. Aujourd'hui ces privilèges ont disparu : les biens de l'Etat, du département, des communes, qui ne font pas partie du domaine public, peuvent être acquis par prescription. Autrefois les biens du domaine étaient imprescriptibles, mais c'était une conséquence de leur inaliénabilité qui a été supprimée par l'Assemblée constituante ».

1595. Aux termes de l'art. 2225 : « *Les créanciers, ou toute autre* » *personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent* » *l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce* ».

La disposition de cet article a été la source de vives controverses.

Il ne paraît guère contestable que la prescription puisse être opposée du chef d'un débiteur par ses créanciers, lorsqu'il néglige de le faire lui-même. L'art. 2225 lève le doute, que permettrait de concevoir à ce

sujet la disposition de l'art. 1166, en nous montrant clairement que la faculté d'opposer la prescription ne rentre pas dans la catégorie des droits *exclusivement attachés à la personne,* dont l'exercice est interdit aux créanciers (art. 1166 *in fine*).

On conçoit que des créanciers viennent ainsi opposer la prescription du chef de leur débiteur, lorsqu'ils intentent au nom de celui-ci l'action en revendication d'un bien à lui appartenant et qui est détenu par un tiers; il pourra être nécessaire, pour triompher dans une semblable action, d'invoquer la prescription, et les créanciers en auront certainement le droit. On peut supposer encore qu'une action en revendication étant intentée contre le débiteur, ses créanciers interviennent dans l'instance pour la conservation de leurs droits; nul doute qu'ils ne puissent encore opposer la prescription que le débiteur négligerait d'invoquer. Enfin il se peut qu'un ordre étant ouvert sur les biens d'un débiteur, celui-ci n'oppose pas à l'un des créanciers qui produisent à cet ordre la prescription acquise contre lui; il est certain que les autres créanciers pourront l'opposer à sa place, afin d'écarter un concurrent.

1596. Un second point semble aussi à l'abri de toute controverse. Si un débiteur a renoncé *en fraude des droits de ses créanciers* à une prescription acquise, lesdits créanciers pourront faire rescinder la renonciation frauduleuse par le moyen de l'action paulienne, et venir ensuite opposer la prescription du chef du débiteur. C'est une application incontestable du principe général de l'art. 1167.

1597. Mais voici qui est plus délicat. Un débiteur a renoncé au bénéfice d'une prescription acquise, et cette renonciation préjudicie à ses créanciers. Nulle fraude, on le suppose, de la part du débiteur : en renonçant à la prescription, il a suivi les inspirations de sa conscience. Les créanciers pourront-ils attaquer la renonciation et la faire rescinder, comme ils le pourraient certainement s'il y avait fraude et qu'elle fût prouvée? Nous admettons l'affirmative. Elle nous paraît résulter des termes de l'art. 2225, qui autorise les créanciers à opposer la prescription *encore que le débiteur y renonce,* ce qui signifie, à notre avis : *encore que le débiteur se soit dépouillé par une renonciation* (même non frauduleuse, car la loi ne distingue pas) *du droit d'opposer la prescription,* et non, comme on le prétend dans une autre opinion : *encore que le débiteur néglige d'opposer la prescription,* d'où il résulterait que l'art. 2225 se bornerait à formuler une application pure et simple du principe posé en l'art. 1166.

Interprété comme nous venons de le faire, l'art. 2225 contient une exception à la règle établie par l'art. 1167. En principe, il ne suffit pas qu'un acte accompli par un débiteur soit préjudiciable à ses créanciers, pour que ceux-ci puissent le faire rescinder par l'action paulienne : il faut en outre que l'acte ait été accompli en fraude de leurs droits. Ici le préjudice suffit, sans qu'il doive nécessairement être doublé de la fraude.

L'exception d'ailleurs est facile à justifier. Il s'agit d'un débiteur au-dessous de ses affaires : s'il avait de quoi payer tout le monde, nul ne réclamerait; doit-il avoir le droit d'empirer encore la situation de ses créanciers, en renonçant au bénéfice d'une prescription acquise? Le débiteur dira tant qu'il voudra, qu'il agit ainsi par un scrupule de conscience, qu'en définitive il ne fait que rendre à César ce qui appartient à César; ses créanciers lui répondront : « A merveille, si vous aviez de quoi faire honneur à vos engagements; mais en définitive vous réglez une dette de conscience à nos dépens : ce qui ressemble à faire l'aumône avec le bien d'autrui. Le droit de celui au profit duquel vous avez renoncé à la prescription est tout au moins douteux;

en tout cas, son inaction pendant toute la durée du délai, ordinairement fort long, de la prescription le rend peu sympathique; car il a fait preuve d'une extrême négligence; c'est un concurrent que nous avons bien le droit d'écarter ». Remarquons d'ailleurs que la loi met le débiteur bien à l'aise au point de vue de la conscience : il a renoncé à la prescription, nous le supposons; sa conscience est par conséquent satisfaite; nul ne pourra lui reprocher d'être un malhonnête homme. Maintenant l'art. 2225, par un sentiment de justice plus éclairé, autorise la rescision de sa renonciation, parce que des droits certains doivent l'emporter sur des droits douteux. Le débiteur n'a pas à s'en inquiéter, et nous ajoutons que le propriétaire ou le créancier, au profit duquel il a renoncé à la prescription, n'a pas le droit de se plaindre : sa longue incurie n'est pas un titre de faveur! Il lui reste d'ailleurs un recours contre le débiteur, après satisfaction de ses autres créanciers. Tout est donc réglé pour le mieux. — La solution que nous venons de développer est celle qui triomphe en doctrine et en jurisprudence.

1598. L'art. 2225 met sur la même ligne que les créanciers *toute autre personne ayant intérêt*. On peut citer comme exemple la caution. Lorsqu'une dette cautionnée est prescrite, c'est un droit pour la caution, comme pour le débiteur, d'opposer la prescription. Libre au débiteur d'y renoncer, s'il le juge à propos; mais cette renonciation ne pourra compromettre en rien le droit de la caution.

1599. Effet rétroactif de la prescription. — La prescription accomplie rétroagit au jour où elle a commencé. La propriété ou la libération qu'elle fait acquérir est donc censée dater du point de départ de la prescription. La loi ne formule nulle part ce principe en termes exprès; mais il se lit entre les lignes dans quelques articles du code civil, qui en contiennent des applications, notamment dans l'art. 1402. Il résulte de ce texte, écrit en vue du régime de la communauté légale, que l'immeuble, acquis par prescription pendant le cours du mariage en vertu d'une possession légale qui appartenait à l'un des époux avant la célébration, forme un propre pour cet époux. Décision qui ne peut s'expliquer que par l'effet rétroactif de la prescription accomplie; car, si la prescription ne rétroagissait pas, l'immeuble, dans l'espèce proposée, devrait être considéré comme acquis pendant le mariage, et tomber dans la communauté aux termes de l'art. 1401-3°.

Citons deux conséquences du principe, que la prescription accomplie rétroagit :

1° Celui qui a acquis par prescription la propriété d'un immeuble, est dispensé de toute restitution quant aux fruits par lui perçus;

2° Le débiteur, dont la dette se trouve aujourd'hui éteinte par la prescription, est libéré de l'obligation de payer, non seulement le capital de la dette, mais aussi les intérêts dont il pouvait être débiteur au moment où la prescription s'est accomplie.

CHAPIRE II

DE LA POSSESSION

1600. Observation. — Ce chapitre et le suivant ne concernent que la prescription acquisitive.

1601. Définition. — « *La possession est la détention ou la jouissance » d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par » nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom* ».

Nous venons de reproduire l'art. 2228.

Posséder une chose, c'est l'avoir en sa puissance; *possidere* vient de *posse,* qui signifie *pouvoir*. Dans notre ancien droit, les choses corporelles étaient seules susceptibles d'une véritable possession; les choses incorporelles, comme les servitudes, n'admettaient que la *quasi-possession*. Ainsi qu'on a pu le voir par la lecture de l'art. 2228, ce texte ne distingue plus la quasi-possession de la possession : la quasi-possession est devenue une possession dans le langage du code civil. La définition qu'il donne peut se dédoubler de la manière suivante.

a. — Envisagée par rapport aux choses corporelles, la possession est la DÉTENTION *d'une chose que nous tenons nous-mêmes ou par un autre qui la tient en notre nom.* — DÉTENIR une chose, c'est la tenir et l'avoir en sa puissance : *détenir* signifie à proprement parler *tenir dans la main.* Ainsi je détiens la maison que j'habite ou le champ que je cultive en qualité de propriétaire. Si j'ai loué ma maison ou affermé mon champ, je détiens mon bien par l'entremise de mon locataire ou de mon fermier, dont le titre implique la reconnaissance de mon droit de propriété. Le locataire ou le fermier ne possède donc pas, bien qu'il détienne matériellement la chose, parce que, juridiquement, il la détient pour le propriétaire dont son droit émane; *non sibi, sed domino creditur possidere.* C'est le propriétaire qui possède par son entremise, et par conséquent le locataire ou le fermier n'a pas lui-même un droit de possession; car deux personnes ne peuvent pas posséder la même chose *in solidum.* Quand l'art. 2236 dit que le fermier *possède pour autrui,* cela revient à dire que, personnellement, il ne possède pas.

b. — Envisagée par rapport aux choses incorporelles ou droits, la possession est *la jouissance d'un droit que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui l'exerce en notre nom.* Ainsi je possède un droit de servitude, quand j'en jouis, c'est-à-dire quand j'exerce le droit résultant de la servitude, quand je passe s'il s'agit d'une servitude de passage, quand je puise s'il s'agit d'une servitude de puisage. Et ici encore je puis posséder par l'entremise d'un autre qui exerce

le droit à ma place et en mon nom, par exemple par un fermier qui jouit à ma place de la servitude appartenant à mon fonds.

En somme, la possession n'est pas autre chose que l'exercice, la jouissance, soit par nous-mêmes, soit par autrui, du droit réel, que nous avons ou que nous prétendons avoir sur une chose; peu importe que ce soit un droit de propriété ou tout autre, par exemple un droit d'usufruit, d'usage, d'habitation ou de servitude. L'ancienne distinction de la possession et de la quasi-possession se trouve donc ainsi supprimée avec raison; elle n'était, à notre avis, qu'une conséquence de la confusion, que l'on a commise depuis la plus haute antiquité, entre le droit de propriété et la chose objet de ce droit. La possession n'est que l'exercice d'un droit; en réalité, ce n'est pas la chose que l'on possède, c'est le droit que l'on a sur la chose. Cela est vrai du droit de propriété aussi bien que du droit de servitude ou d'usufruit, et par conséquent la distinction entre la possession, qui s'exerce sur la chose, et la quasi-possession, qui s'exerce sur le droit, n'a pas de raison d'être.

1602. Ordinairement c'est le propriétaire qui possède par lui-même ou par autrui, et la possession se trouve ainsi réunie à la propriété. Mais le contraire peut arriver. Ainsi un voisin s'empare de mon champ, disant qu'il lui appartient, et le cultive comme s'il en était effectivement propriétaire ; ou bien encore vous achetez *a non domino* un terrain qui m'appartient et que vous croyez appartenir à votre vendeur; celui-ci vous en fait la tradition, et vous le possédez comme s'il vous appartenait. Dans l'un et l'autre cas, la possession appartiendra à un autre que le propriétaire, et cette possession pourra se transformer un jour en un droit de propriété par la prescription. Elle s'accomplira par trente ans au profit de l'usurpateur (art. 2262), par dix à vingt ans au profit du possesseur qui a juste titre et bonne foi (art. 2265).

§ I. *Comment la possession s'acquiert, comment elle se conserve et comment elle se perd.*

1603. Il y a deux éléments dans la possession : un élément matériel, le fait de l'occupation, *corpus,* et un élément intentionnel, la volonté d'avoir la chose à titre de propriétaire, *animus rem sibi habendi, animus domini.* Le concours de ces deux éléments est nécessaire pour l'acquisition de la possession. *Adipiscimur possessionem corpore et animo*, dit la loi romaine. La *nuda detentio sine animo domini* ne fait pas acquérir la possession, du moins la possession proprement dite, la possession *civile,* susceptible de produire des effets juridiques.

Pour la conservation de la possession, l'*animus* suffit, *animo retinetur possessio.* Ainsi j'ai cultivé un champ pendant longtemps à titre de

propriétaire ; puis je le laisse en friche durant plusieurs années, mais sans avoir l'intention de cesser d'en être propriétaire et possesseur ; j'en conserverai la possession, en supposant d'ailleurs qu'un autre ne s'en empare pas à ma place et ne le possède pas pendant plus d'un an sans réclamation de ma part.

Toutefois la possession, conservée par la seule intention, sans actes de jouissance, manquerait du caractère de continuité exigé par l'art. 2229, et ne pourrait par suite conduire à la prescription.

La possession se perd : 1° par l'abandon volontaire qu'en fait le possesseur, par exemple lorsqu'il fait tradition de la chose à une personne à laquelle il l'a vendue ; peu importe d'ailleurs que la tradition soit réelle ou consensuelle, comme il arriverait s'il a été convenu que le vendeur conserverait la chose à titre de locataire ou de fermier ; 2° lorsqu'un tiers s'empare de la chose, sauf le droit pour l'ancien possesseur de se faire restituer la possession par le moyen de l'action possessoire.

§ II. *Principaux avantages de la possession.*

1604. 1° La possession fait gagner les fruits au possesseur, lorsqu'il est de bonne foi (art. 549 et 550).

2° La possession détermine dans une instance les rôles respectifs de deux adversaires qui se disputent la propriété d'un bien : c'est le possesseur qui sera défendeur. Avantage considérable; car au demandeur incombe la charge de la preuve, *actori incumbit probatio ;* de sorte qu'en supposant deux adversaires qui ne sont ni l'un ni l'autre en mesure de prouver le droit de propriété qu'ils prétendent avoir, c'est le défendeur qui obtiendra gain de cause. Aussi les plaideurs se disputent-ils souvent dans l'action en revendication le rôle passif, qui est le plus commode, et par suite la possession qui permet de l'obtenir. Si l'un des deux n'a jamais possédé, aucune difficulté ne se produira ; l'attaque devra nécessairement partir de son côté. Mais il se peut que les deux adversaires aient possédé à tour de rôle, à une époque voisine de celle où la contestation s'est élevée. Alors le fait de la possession actuelle ne sera pas toujours décisif; en effet l'action possessoire permet à celui qui a possédé pendant plus d'un an, et qui a perdu la possession depuis moins d'une année, de se la faire restituer et d'obtenir ainsi le rôle de défendeur au procès.

3° Enfin, la possession conduit à la prescription. C'est là son effet le plus considérable.

Toutefois, pour conduire à la prescription (et aussi pour conférer le bénéfice des actions possessoires), la possession doit réunir certaines qualités, qu'indique l'art. 2229 et dont nous allons aborder immédiatement l'étude.

§ III. *Qualités que doit réunir la possession pour conduire à la prescription.*

1605. « *Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non* » *interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire* ». Ainsi s'exprime l'art. 2229.

Les conditions énumérées par cet article sont requises pour toute prescription acquisitive, aussi bien pour la prescription de dix à vingt ans que pour celle de trente ans. Toutes, elles tendent à dénoncer au véritable propriétaire l'usurpation qui a été commise contre lui, et à le mettre en demeure de la réprimer. Les articles qui suivent (art. 2230 à 2235) ne font qu'expliquer et développer ces diverses conditions, qu'il nous reste à passer successivement en revue.

1° *La possession à l'effet de prescrire doit être* continue *et* non interrompue.

1606. *a.* — La possession est *continue,* lorsqu'elle est sans intermittences, sans lacunes. Il n'est pas nécessaire pour cela que le possesseur ait été en contact constant avec la chose ; à ce compte, il n'y aurait pas de possession ni de prescription possible. Il suffit qu'il ait accompli régulièrement les divers actes de jouissance dont la chose est susceptible, qu'il se soit comporté comme l'aurait fait un propriétaire soigneux et diligent. C'est tout simple ; car la prescription transforme le fait en droit : la possession qui y conduit doit donc être la manifestation régulière du droit, que le possesseur prétend avoir sur la chose et que la prescription consolidera.

Il suit de là que la possession peut être continue, bien que le possesseur n'ait accompli d'actes de jouissance qu'à intervalles éloignés. « La possession, dit la cour de cassation dans un arrêt du 5 juin 1839, s'exerce suivant la nature de l'objet auquel elle s'applique, et celle qui ne peut se manifester qu'à de certains intervalles par des faits distincts et plus ou moins séparés, n'en est pas moins continue, par cela seul qu'elle a été exercée dans toutes les occasions et à tous les moments où elle devait l'être... ». *Adde* Cass., 19 mars 1884, Sir., 86. 1. 463.

Ainsi la possession régulière d'un bois taillis s'exerce par des coupes faites conformément à l'aménagement du bois. Il suffit que, dans l'intervalle assez long qui sépare chaque coupe de la suivante, le possesseur ait affirmé le droit qu'il prétend avoir sur la chose, en faisant ce que fait ordinairement le propriétaire d'un bien de cette nature, c'est-à-dire qu'il ait entretenu les clôtures, élagué les arbres, fait dresser des procès-verbaux contre les délinquants...

b. — La possession doit en outre, dit la loi, être *non interrompue.* La possession est interrompue, lorsque le véritable propriétaire

a accompli à l'encontre du possesseur un acte interruptif de la prescription. Toute la possession antérieure à l'acte interruptif devient alors inutile au point de vue de la prescription. Voyez à ce sujet les art. 2242 et s.

L'interruption ne doit pas être confondue avec la non-continuité. Une possession peut cesser d'être continue sans avoir été interrompue; mais, en sens inverse, l'interruption a pour conséquence nécessaire une solution de continuité dans la possession.

* On a dit que la continuité est une maladie de la possession et que l'interruption en est la mort. Cette antithèse est plus piquante que juste. Car d'une part la discontinuité, comme l'interruption, rend la possession inutile au point de vue de la prescription, et d'autre part la possession devient utile pour la prescription, soit à partir du moment où elle cesse d'être discontinue, soit à partir du moment où elle a été interrompue. Tout ce qui est vrai, c'est que dans le premier cas le possesseur *commence,* tandis que dans la deuxième il *recommence* à prescrire.

1607. Le possesseur n'est pas obligé de prouver que sa possession est non interrompue. C'est à celui qui allègue le fait de l'interruption d'en rapporter la preuve. — Qui doit prouver la continuité de la possession? Régulièrement, c'est le possesseur; car c'est lui qui invoque sa possession, et il doit démontrer qu'elle satisfait aux conditions légales. Mais le législateur a compris que, dans la plupart des cas, cette preuve aurait pu être d'une difficulté touchant à l'impossibilité; aussi a-t-il établi dans l'art. 2234 une présomption, qui tient lieu de preuve au possesseur : « *Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé ancien-* » *nement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la* » *preuve contraire* ». Ce texte consacre l'ancienne règle *Probatis extremis media præsumuntur.* Il suffit au possesseur de prouver qu'il possède actuellement et qu'il a possédé il y a dix ans, vingt ans, trente ans, pour qu'il soit présumé avoir possédé pendant tout le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire de la part de son adversaire.

Mais la possession ancienne ne fait pas présumer la possession actuelle; celle-ci doit être prouvée par celui qui l'invoque. Notre législateur s'est écarté sur ce point des traditions de notre ancien droit, résumées dans la maxime *Olim possessor hodie possessor præsumitur, et ex possessione de præterito arguitur possessio de præsenti et medii temporis, nisi contrarium probetur.*

De même, en sens inverse, la possession actuelle ne fait pas présumer l'ancienne. Sur ce point le droit nouveau est conforme à l'ancien.

2° *La possession doit être paisible.*

1608. L'art. 2233 ne fait à notre avis qu'expliquer et développer cette condition, qui a été formulée d'un mot par l'art. 2229, lorsqu'il dit : « *Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession* » *capable d'opérer la prescription. — La possession utile ne commence* » *que lorsque la violence a cessé* ».

Je m'empare d'un fonds par des moyens violents, peu importe

d'ailleurs que ce soit à l'aide de violences physiques ou par le moyen d'une violence morale résultant de menaces. Ces actes de violence, dit la loi, ne pourront pas fonder à mon profit une possession utile pour la prescription.

Mais la loi ajoute que la possession deviendra utile pour la prescription à dater du jour où la violence aura cessé : ce qui est une question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation.

Sur ce point, le droit romain avait d'autres principes : la chose acquise par la violence était considérée comme *vicieuse*, et on la déclarait à ce titre non susceptible d'usucapion tant que le vice dont elle était atteinte n'était pas purgé; or il ne pouvait l'être que par le retour de la chose dans les mains du propriétaire spolié ou par un arrangement conclu avec lui.

La violence, dont use le possesseur pour se maintenir dans une possession paisiblement acquise, n'empêche pas par elle-même et par elle seule la possession d'être utile au point de vue de la prescription. *Vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt,* dit la loi romaine. Bien entendu, nous supposons qu'en fait le possesseur a réussi à se maintenir en possession, ou, s'il a été dépossédé, qu'il est parvenu à se faire réintégrer par l'action possessoire; car autrement il y aurait dans sa possession une solution de continuité, qui la rendrait inutile au point de vue de la prescription.

1609. Le vice résultant de la violence est essentiellement relatif, c'est-à-dire qu'il ne peut être invoqué que par celui contre lequel la violence a été pratiquée, et non par un autre. Ainsi je m'empare par la violence d'un fonds que Pierre détient en qualité de propriétaire; plus tard, Paul revendique ce même fonds contre moi, et je lui oppose la prescription. Il ne pourra pas réduire ce moyen de défense à néant en m'opposant l'art. 2233. C'est l'opinion générale.

3° *La possession doit être publique.*

1610. La possession est publique, lorsqu'elle a été exercée *au vu et su de ceux qui l'ont voulu voir et sçavoir :* ce sont les termes de la coutume de Melun (art. 170). Toutefois, pour que la possession puisse conduire à la prescription, il n'est pas nécessaire, ainsi que cela semblerait résulter du texte précité, qu'elle ait été exercée au vu et su de tous; il suffit qu'elle l'ait été au vu et su de celui à qui la prescription est opposée. En d'autres termes, le vice résultant de la clandestinité de la possession, comme celui résultant de la violence, est essentiellement relatif; il ne peut être invoqué que par ceux à l'égard desquels la possession a été clandestine. Ainsi j'ai agrandi ma cave en creusant sous la maison de mon voisin; si l'existence de cette usurpation est manifestée par un soupirail ouvrant dans le jardin de ce voisin, je pourrai après l'expiration du délai de trente ans lui opposer la prescription, sans qu'il puisse se prévaloir de ce que ce soupirail, visible pour lui, ne l'était pas pour le public en général. Remarquons, d'un autre côté, qu'il n'est pas nécessaire que la pos-

session de celui qui prescrit ait été connue *en fait* de celui contre lequel court la prescription ; il suffit qu'il ait été mis à même de la connaître par des signes extérieurs qui en révélaient l'existence.

Une possession, qui a été clandestine à son origine, devient utile à l'effet de prescrire à dater du jour où ce vice a cessé. Ainsi j'ai possédé pendant cinq ans une cave sous la maison de mon voisin, sans qu'aucun signe extérieur en révélât l'existence ; puis j'ouvre un soupirail sur le jardin de ce voisin ; à dater de ce moment, ma possession deviendra utile pour la prescription.

En sens inverse, la possession, qui a été publique à son origine, cesse d'être utile au point de vue de la prescription à dater du jour où elle est devenue clandestine : ce qui arrivera rarement.

4° La possession doit être à titre de propriétaire.

1611. Pour pouvoir prescrire, il faut posséder *animo domini*. L'*animus domini* existe chez celui qui possède en vertu d'un titre translatif de propriété, tel que vente, échange, donation... Il existe également chez l'usurpateur, *prædo :* sans doute il n'ignore pas que la propriété du bien appartient à autrui, il est de mauvaise foi ; mais cela ne l'empêche pas d'avoir l'*animus domini,* il se dit propriétaire et se gère comme tel. Au contraire le fermier, le commodataire, le dépositaire, le tuteur, le mari et d'une manière générale tous les administrateurs du bien d'autrui n'ont pas l'*animus domini ;* leur titre même implique la reconnaissance d'un domaine supérieur. C'est donc pour le compte de celui qu'ils représentent en vertu de leur titre, et non pour eux-mêmes, qu'ils possèdent ; ou plus exactement ils ne possèdent pas, c'est celui dont ils sont les représentants qui possède par leur intermédiaire et qui au besoin arrivera à la prescription par cette possession.

Le code civil désigne d'une manière générale sous le nom de *possesseurs précaires* ou *détenteurs à titre précaire* ceux qui possèdent pour autrui.

En donnant ce sens au mot *précaire,* on l'a détourné de la signification qu'il avait en droit romain, où il qualifiait la possession de celui qui avait reçu une chose avec autorisation d'en user, mais sous l'obligation de la restituer à première réquisition à celui de qui il la tenait. *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur.*

1612. Le créancier gagiste possède précairement ; car son titre même implique la reconnaissance du droit de propriété appartenant au débiteur ; il ne peut donc acquérir par la prescription la propriété du gage. Ce qui ne cesse pas d'être vrai, même après le paiement de la dette à la sûreté de laquelle le gage était affecté ; car ce paiement n'apporte aucun changement dans le titre en vertu duquel le créancier détient la chose.

1613. En est-il de même de l'usufruitier ? Est-il aussi un possesseur à titre précaire ? Oui et non. Oui, quant au droit de propriété ; car son titre implique la reconnaissance d'un maître de la chose. Non, quant au droit d'usufruit lui-même ; car ce droit, il l'exerce, et par suite le possède, à titre de maître, *animo domini*. C'est ce que dit la loi romaine : *Fundum fructuarius possidet alii, non sibi; jus utendi sibi. Fundum* désigne ici le droit de propriété sur le fonds ; par conséquent le fragment, que nous venons de citer, offre un exemple de la confusion, que nous avons déjà plusieurs fois signalée, entre le droit de propriété et la chose objet de ce droit, confusion qui a passé de la législation romaine dans le code civil.

Ce que nous venons de dire de l'usufruitier est vrai également de l'usager, de l'habituaire et aussi de l'emphytéote si l'on admet qu'il a un droit réel.

* **1614.** Plus délicat est le cas du vendeur, qui, ayant reçu le paiement de son prix, ne livre pas la chose à l'acquéreur. Doit-il être considéré quant à cette chose comme détenteur à titre précaire : ce qui aurait pour résultat de le mettre dans l'impossibilité d'en prescrire la propriété ? Ainsi je vous vends un immeuble dont vous me payez le prix comptant ; vous mourez avant que je vous aie fait la tradition ; votre héritier, qui ignore la vente, reste pendant trente ans sans réclamer, puis il découvre l'existence de la vente, et il intente contre moi l'action en revendication. Puis-je lui opposer la prescription ? C'est demander, comme nous venons de le dire, si ma possession est à titre précaire. Dans le cas de l'affirmative, le revendiquant doit obtenir gain de cause ; il doit succomber dans le cas contraire.

La question est controversée. Nous la résolvons à l'aide de la distinction suivante qui nous paraît tenir le juste milieu entre les deux opinions extrêmes qui se disputent les suffrages de la doctrine.

Si le contrat n'accorde, expressément ou tacitement, aucun terme au vendeur pour la délivrance, alors on ne peut pas dire qu'il détient la chose en vertu de son titre et pour le compte de l'acheteur, donc précairement. Il la possède contrairement à son titre et par conséquent sans titre, puisque son titre l'obligeait à une livraison immédiate, aucun terme ne lui ayant été concédé; par suite il possède *animo domini,* et au bout de trente ans la prescription se sera accomplie à son profit.

Si au contraire le contrat accorde, expressément ou tacitement, un terme au vendeur pour la délivrance, alors il semble bien qu'il détient la chose précairement; car il la possède en vertu de son titre, et bien évidemment pour le compte de l'acheteur dont il reconnaît le droit de propriété puisqu'il l'a rendu propriétaire par le contrat. Cette solution est absolument incontestable pour le cas où il est dit dans l'acte que le vendeur conservera la chose jusqu'à la livraison en qualité de locataire, fermier, dépositaire...; car alors la précarité de son titre est écrite en toutes lettres. Mais elle nous paraîtrait devoir être appliquée, même lorsque le contrat n'indique pas le titre auquel le vendeur est autorisé à conserver la chose : il a nécessairement été sous-entendu qu'il détiendrait précairement, puisque, par le titre même qui l'autorise à détenir, le vendeur reconnaît le droit de propriété de l'acheteur.

Si l'on objecte qu'il est singulier que le vendeur, qui possède la chose contrairement à son titre et par conséquent sans droit, soit traité plus favorablement que celui qui a commencé par posséder en vertu de son titre et qui continue à posséder après l'époque où il aurait dû livrer la chose, nous répondrons qu'il est tout aussi singulier que la loi autorise le voleur à prescrire, et qu'elle n'accorde pas le même bénéfice à l'usager qui, dépassant la mesure de son droit, jouit à titre de propriétaire.

1615. Le possesseur, qui invoque la prescription, doit-il prouver que sa possession est exempte de précarité ? ou bien au contraire est-

ce à son adversaire de prouver que sa possession est précaire, et que par suite elle est sans valeur au point de vue de la prescription? L'art. 2230 résout la question dans ce dernier sens : « *On est toujours » présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé » qu'on a commencé à posséder pour un autre* ». Ainsi il existe au profit du possesseur une présomption de non-précarité qui le dispense de toute preuve. Mais cette présomption est susceptible d'être combattue par la preuve contraire. Cpr. Cass., 18 août 1884, Sir., 85. 1. 374.

L'art. 2231 ajoute : « *Quand on a commencé à posséder pour autrui, » on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du » contraire* ».

La présomption établie par l'article précédent est en faveur du possesseur; celle-ci est contre lui. Comme la précédente, cette présomption n'est pas invincible; elle peut tomber devant la preuve contraire. Comment le possesseur prouvera-t-il que sa possession précaire s'est changée en une possession *animo domini?* Cette question est résolue par les art. 2238 à 2240 placés dans le chapitre suivant; c'est là que nous l'étudierons. Disons tout de suite que l'*interversion* de la possession, c'est-à-dire la transformation d'une possession précaire en une possession *animo domini,* ne peut pas résulter du fait du possesseur lui-même, mais seulement du fait du propriétaire ou de celui d'un tiers. C'est une règle ancienne : *Illud a veteribus præceptum est neminem sibi causam suæ possessionis mutare posse.* Elle est reproduite par l'art. 2240.

1616. A la différence du vice provenant de la clandestinité, le vice résultant de la précarité de la possession est absolu, il existe *erga omnes.* La raison en est que, pour prescrire, il faut avant tout posséder; or le possesseur à titre précaire ne possède pas.

1617. Nous rattachons à la condition de l'*animus domini* la disposition de l'art. 2232, ainsi conçu : « *Les actes de pure faculté et ceux » de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription* ».

Les auteurs ne sont d'accord que sur un point au sujet de ce difficile article : c'est que sa disposition est fort obscure. Il formule deux règles : l'une relative aux actes de pure faculté, l'autre concernant les actes de simple tolérance. Nous allons les étudier successivement.

1618. Première règle. *Les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription.* Pour tâcher de découvrir le sens de cette règle, nous remarquerons d'abord que l'art. 2232, qui la contient, est placé dans un chapitre où il s'agit exclusivement de la prescription acquisitive. Or la prescription à l'effet d'acquérir suppose nécessairement la possession chez celui qui prescrit, et une possession à titre de propriétaire. Les actes, dits de *pure faculté,* ou ne procurent aucune

possession à celui qui les invoque à l'appui de la prescription, s'ils sont négatifs, ou, s'ils sont positifs, ne lui procurent qu'une possession qui n'est pas à titre de propriétaire. Voilà pourquoi la loi dit qu'ils ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

Nous disons d'abord que les actes de pure faculté ne fondent aucune possession s'ils sont négatifs, et n'engendrent par suite aucune prescription. Ainsi je reste pendant trente ans sans user de la faculté qui m'appartient de bâtir sur mon fonds, ou de demander le bornage de deux propriétés contiguës dont l'une m'appartient, ou d'exiger que mon voisin me cède la mitoyenneté de son mur qui touche ma propriété, ou d'ouvrir des jours de tolérance dans mon mur qui longe la propriété du voisin, ou d'user de l'eau courante qui traverse ma propriété, pour l'irrigation de mes héritages, ou de réclamer la servitude d'appui, établie par la loi du 11 juin 1847... Dans tous ces cas, on n'a rien possédé contre moi, et par conséquent on ne peut m'opposer aucune prescription. Il s'agit de simples facultés qui sont des attributs du droit de propriété et qui, pas plus que le droit de propriété lui-même, ne peuvent se perdre par le simple non-usage.

Nous avons ajouté que les actes de pure faculté, s'ils sont positifs, peuvent bien paraître fonder une possession au profit de celui qui les accomplit, mais que ce n'est pas une possession *à titre de propriétaire exclusif,* et qu'en conséquence elle n'engendre pas de prescription. Ainsi, étant domicilié dans une commune dont les habitants ont un droit d'usage dans une forêt voisine, ou un droit de pacage dans un marais, ou un droit de puisage à une fontaine, je reste pendant trente ans, sans profiter pour ma part de ces divers avantages ; les habitants de cette même commune, qui, pendant la durée de ce délai, auront exercé le droit d'usage, de pacage ou de puisage, pourront-ils prétendre qu'ils ont acquis par la prescription l'exercice de ce droit à mon exclusion ? Assurément non ; car le droit dont ils ont usé, ils ne l'ont pas exercé à titre de propriétaires exclusifs, mais comme membres de la commune à laquelle il appartient et en son nom. Le droit continue donc toujours d'appartenir à la corporation, et par suite à tous ses membres, puisqu'il s'agit ici, on le suppose, d'un droit dont les habitants ont la jouissance en nature.

1619. Deuxième règle. *Les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.* Il est plus facile de définir les actes de simple tolérance que les actes de pure faculté. Ce sont ceux qu'un bon voisin *tolère,* bien qu'ils portent une certaine atteinte à son droit de propriété, parce que cette atteinte ne lui paraît pas assez grave pour constituer une usurpation proprement dite méritant d'être réprimée, comme si mon voisin passe sur ma propriété ou vient puiser de

l'eau à ma fontaine ou récolter des champignons dans mon bois. Il s'agit d'actes, qui peuvent procurer un certain avantage à celui qui les accomplit, sans causer un dommage appréciable à celui qui les souffre; celui-ci aurait donc mauvaise grâce à s'y opposer. Mais la loi considère qu'il ne les tolère qu'à titre de concession purement précaire, et en se réservant le droit par conséquent de les réprimer quand il le jugera à propos. Voilà pourquoi de semblables actes ne peuvent pas fonder au profit de celui qui les accomplit une possession utile pour la prescription ; car la prescription exige une possession *à titre de propriétaire*. Si la loi en eût autrement décidé, chaque propriétaire aurait été conduit à réprimer les plus petites atteintes portées à son droit de propriété, dans la crainte qu'elles ne fondassent une prescription contre lui, et les relations de bon voisinage en auraient été troublées.

La jurisprudence nous fournit une application remarquable du principe que nous venons de développer. Pendant plus de trente ans, un particulier avait souffert que son pré servît de champ de foire après la levée de la récolte ; quand il voulut s'opposer à la continuation de cet état de choses, la commune lui opposa la prescription. Il a été jugé qu'en autorisant ainsi l'invasion périodique de sa propriété pour la tenue des foires, le propriétaire n'avait fait qu'accomplir un acte de simple tolérance, qui ne pouvait fonder contre lui aucune prescription. En fait d'ailleurs, la longue tolérance du propriétaire s'expliquait facilement, car son champ bénéficiait des engrais déposés par les bestiaux ; il avait donc agi dans son intérêt autant que dans celui de la commune.

Il appartient souverainement aux juges du fond de décider que les actes accomplis par celui qui invoque la prescription, sont de pure tolérance, et que par suite ils n'ont pu fonder aucune prescription en sa faveur (Cass., 9 mai 1881, Sir., 82. 1. 456, et 24 janvier 1876, Sir., 76, 1. 317).

5° *La possession doit être non équivoque.*

1620. En disant que la possession doit être non équivoque, il n'est pas probable que la loi ait entendu formuler une condition particulière, distincte de celles que nous avons étudiées jusqu'ici. C'est plutôt une précision de ces diverses conditions, un caractère qui leur est commun à toutes. Ce que l'on a voulu dire, c'est que les diverses qualités de la possession (*animus domini,* continuité, publicité...) doivent ressortir d'une manière claire, certaine, *non équivoque,* des faits allégués par le possesseur. Ainsi la possession d'un communiste sera presque toujours équivoque au point de vue de l'*animus domini*. Si des faits bien significatifs ne viennent pas démontrer qu'il a eu la volonté de posséder pour son compte exclusif, il devra être considéré comme ayant possédé pour le compte de tous les intéressés, et ne pourra par suite opposer aucune prescription à ses consorts. Cpr. Cass., 4 janvier 1888, Sir., 88. 1. 101.

Nous avons signalé, en expliquant le titre *Des servitudes,* une application bien autrement importante de notre principe (t. I, n. 1564). Il s'agit des servitudes discontinues : l'art. 691 dispose qu'elles ne peuvent s'acquérir que par titre, jamais par la prescription. Nous en avons dit la raison : le législateur n'a pas considéré l'exercice de semblables servitudes comme constituant un empiétement suffisant pour servir de base à la prescription. Le propriétaire qui les souffre est considéré comme accomplissant un acte de *simple tolérance.*

1621. Telles sont les conditions que la possession doit remplir pour pouvoir conduire à la prescription. Il appartient souverainement aux juges du fond, dans les diverses espèces qui leur sont soumises, d'apprécier, d'après les faits et circonstances de la cause, si ces conditions se trouvent réunies (Cass., 30 juin 1874, Sir., 74. 1. 485).

§ IV. *De la continuation et de la jonction des possessions.*

1622. L'*accession de possession* est régie par l'art. 2235 : « *Pour » compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son » auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel » ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux* ».

La loi désigne ici sous le nom d'*auteur* celui aux droits duquel se trouve le possesseur actuel, c'est-à-dire celui dont il tient médiatement ou immédiatement son droit, en vertu d'une cause légitime et juridique, celui *a quo jus vel causam habet*; d'où la dénomination d'*ayant cause,* qu'on oppose à celle d'*auteur*. L'auteur est celui qui transmet le droit; l'ayant cause ou successeur, celui qui le reçoit. V. t. II, n. 1219.

Ainsi l'héritier est un ayant cause ou successeur par rapport au défunt, qui est son auteur; c'est un ayant cause à titre universel, parce qu'il succède *in universum jus vel causam.*

De même, il existe des relations d'ayant cause à auteur entre l'acheteur et le vendeur, le donataire et le donateur, le légataire et le testateur. L'acheteur est toujours un ayant cause à titre particulier. Le légataire est, tantôt un ayant cause à titre particulier, tantôt un ayant cause à titre universel, suivant la nature du legs. Quant au donataire, il est ordinairement un ayant cause à titre particulier; exceptionnellement il peut être un ayant cause à titre universel, au cas de donation de biens à venir ou de biens présents et à venir (art. 1082 et s.).

1623. L'auteur ne peut pas transmettre à son ayant cause plus de droits qu'il n'en a; mais il peut transmettre en entier le droit qui lui appartient : droit de propriété s'il est propriétaire, droit de possession s'il est simplement possesseur. Dans ce dernier cas, il transmet avec la possession les avantages qui y sont attachés, et notamment le droit de prescrire, *causam usucapionis.* De là la règle consacrée par notre

article, qui permet au possesseur de joindre à sa propre possession celle de son auteur pour compléter la prescription. Ainsi j'achète un immeuble de quelqu'un qui n'en est pas propriétaire, mais qui le possède depuis vingt-cinq ans; cinq ans après, le véritable propriétaire intente contre moi une action en revendication. Je pourrai lui opposer la prescription, en joignant à mes cinq années de possession les vingt-cinq années de possession de mon vendeur.

L'usurpateur ne peut invoquer que sa propre possession, à l'effet de prescrire; il ne peut pas y joindre la possession de celui ou de ceux qui ont possédé avant lui, car il n'est pas leur ayant cause.

Le nu propriétaire peut-il invoquer la possession de l'usufruitier pour parvenir à la prescription? Oui sans aucun doute; car l'usufruitier, ainsi que nous l'avons vu, est détenteur précaire quant au droit de propriété; c'est donc le nu propriétaire qui le possède par son intermédiaire, et par conséquent cette possession lui est utile pour la prescription. La théorie de l'*accession de possession* n'est pas ici en cause, l'usufruitier n'étant pas l'auteur du nu propriétaire.

L'art. 2235 paraît n'établir, au point de vue de la jonction des possessions, aucune différence entre les ayant cause à titre universel et les ayant cause à titre particulier. La tradition et les principes imposent pourtant une distinction entre ces deux classes de successeurs.

1624. *a.* — *Ayant cause à titre universel.* Les héritiers, auxquels nous croyons qu'il faut assimiler les autres ayant cause à titre universel, ne commencent pas une possession nouvelle, distincte de celle de leur auteur. C'est la possession de celui-ci qui se continue à leur profit *(continuatio possessionis)* avec ses qualités et ses vices. La raison en est qu'ils n'ont pas d'autre droit que celui de leur auteur, et ne font avec lui qu'une seule et même personne. *Heres et defunctus una eademque persona esse intelliguntur.*

Nous disons que la possession du défunt passe à ses héritiers avec ses qualités et avec ses vices.

Avec ses qualités. Ainsi le défunt possédait un immeuble appartenant à autrui, avec juste titre et bonne foi; il était donc en voie de prescrire par dix ou vingt ans. Sa possession se continuera au profit de son héritier avec ces mêmes caractères, et par conséquent la prescription sera accomplie en faveur de l'héritier au bout de dix ou vingt années à dater du jour où la possession du défunt a commencé. Peu importe que l'héritier fût personnellement de mauvaise foi au moment où la possession lui a été transmise; cette circonstance n'exercera pas plus d'influence sur la prescription que n'en aurait exercé la mauvaise foi du défunt, survenue pendant le cours de sa possession (art. 2269); car c'est toujours la même possession qui continue au profit de l'héritier.

Avec ses vices. Le résultat de ces vices sera le même que si la pos-

session continuait toujours au profit du défunt. Il s'ensuit que le vice sera irréparable pour l'héritier s'il était irréparable pour le défunt. Ainsi le défunt était de mauvaise foi lors de son entrée en possession; son héritier, fût-il personnellement de bonne foi, ne pourra prescrire que par trente ans. Si au contraire le vice était réparable pour le défunt, il sera réparable aussi pour son héritier, et réparable dans les mêmes conditions. Ainsi la possession du défunt était clandestine; tant que la clandestinité durera, la possession sera inutile pour l'héritier comme elle l'était pour le défunt; mais, le jour où la clandestinité cessera, l'héritier commencera à prescrire.

1625. *b.* — *Ayant cause à titre particulier.* Le successeur à titre particulier commence une possession nouvelle, tout à fait distincte de celle de son auteur; nous avons donc ici deux possessions indépendantes l'une de l'autre. Elles sont susceptibles de s'unir pour fonder la prescription, si elles réunissent l'une et l'autre les caractères exigés par la loi pour la prescription que le possesseur actuel invoque; mais elles peuvent aussi être dissociées, c'est-à-dire que l'ayant cause peut invoquer l'une ou l'autre seulement, à son choix et suivant son intérêt.

En premier lieu, l'ayant cause à titre particulier peut invoquer, à l'effet de prescrire, la possession de son auteur. En effet, celui-ci lui a transmis tout le droit qu'il avait sur la chose, par conséquent le bénéfice de sa possession au point de vue de la prescription, *causam usucapiendi.*

Mais nous avons ajouté que l'ayant cause à titre particulier ne peut joindre les deux possessions, celle de son auteur et la sienne, qu'autant que l'une et l'autre réunissent les qualités requises par la loi pour la prescription qu'il invoque.

Ainsi c'est la prescription de dix à vingt ans que le possesseur actuel veut opposer. La jonction des deux possessions ne sera possible que si l'auteur et l'ayant cause ont eu l'un et l'autre juste titre et bonne foi ; car cette double condition est requise pour la possession à l'effet de prescrire par dix à vingt ans (art. 2265) et, pour pouvoir réunir l'une à l'autre deux possessions distinctes, à l'effet de parfaire cette prescription, il faut évidemment que chacune des deux possessions, considérée isolément, réunisse les conditions exigées pour ladite prescription. D'ailleurs, pour l'ayant cause comme pour l'auteur, il suffira que la bonne foi ait existé au début de la possession ; *mala fides superveniens usucapionem non impedit* (art. 2269).

En second lieu, l'ayant cause à titre particulier peut dissocier les deux possessions et invoquer l'une d'elles seulement suivant son intérêt.

Ainsi l'ayant cause est de mauvaise foi ; mais son auteur avait juste titre et bonne foi, et le temps fixé pour la prescription était écoulé au moment de l'aliénation. L'ayant cause pourra, laissant de côté sa propre possession, invoquer celle de son auteur et opposer la prescription qu'elle a engendrée. On ne pourra pas lui dire : « Vous êtes un possesseur de mauvaise foi ; par conséquent il n'y a pour vous de prescription possible que celle de trente ans ». Il répondrait : « Je laisse ma possession de côté, comme c'est mon droit, et j'invoque exclusivement celle de mon auteur ; or, au moment où j'ai fait l'acquisition, la prescription était accomplie à son profit par dix ou vingt ans ; c'est cette prescription que j'oppose ».

Ou bien l'ayant cause était de bonne foi lors de son acquisition ; mais son auteur était de mauvaise foi. Après avoir possédé pendant le temps requis par l'art. 2265, il pourra se prévaloir de la prescription de dix à vingt ans, n'invoquant ainsi que sa propre possession et laissant de côté celle de son auteur. Dans cette même hypothèse, il sera quelquefois de l'intérêt de l'ayant cause, et ce serait certainement son droit, d'invoquer, pour parvenir à la prescription de trente ans, la possession de son auteur en y joignant la sienne propre. Celle-ci, étant utile pour la prescription de dix à vingt ans, l'est à plus forte raison pour celle de trente ans. Ainsi j'achète un immeuble dont je crois mon vendeur propriétaire, et j'entre en possession; j'ai donc juste titre et bonne foi. Quelque temps après, je découvre que mon vendeur n'était pas propriétaire; non seulement il n'était pas propriétaire, mais il était par hypothèse possesseur sans juste titre ni bonne foi; seulement sa possession durait depuis vingt-huit ans au moment de la vente. Deux ans après, je pourrai invoquer la prescription, complétant les vingt-huit ans de possession de mon vendeur par mes deux années de possession d'une qualité supérieure à la sienne.

En sens inverse, si l'auteur avait une possession utile pour la prescription de dix à vingt ans et que la possession de son ayant cause ne se trouvât utile que pour la prescription de trente ans (ce qui arrivera si l'auteur avait juste titre et bonne foi et que ces deux conditions ne se trouvent pas réunies dans la personne de l'ayant-cause), celui-ci pourra joindre à sa propre possession celle de son auteur, mais seulement bien entendu pour parvenir à la prescription de trents ans.

1626. Résumé. — Condensant en quelques mots les explications que nous avons données sur la continuation et sur la jonction de possession, nous dirons que l'ayant-cause universel ne fait que *continuer* la possession de son auteur, qui lui est transmise avec ses qualités bonnes ou mauvaises. En fait, il y a bien deux personnes qui se succèdent dans la possession, mais en droit il n'y en a qu'une, et par consé-

quent c'est toujours la même possession qui se continue, parce que la personne juridique du défunt et celle de l'héritier se confondent. La situation sera donc de tous points la même que si le défunt vivait encore; il se survit à lui-même dans la personne de son héritier. Au contraire, l'ayant-cause à titre particulier commence une nouvelle possession qui n'a rien de commun avec celle de son auteur, et il peut, à sa volonté, ou joindre ces deux possessions, si elles sont utiles l'une et l'autre pour la prescription qu'il invoque, ou les dissocier et se prévaloir de l'une d'elles seulement.

CHAPITRE III

DES CAUSES QUI EMPÊCHENT LA PRESCRIPTION

1627. La rubrique de ce chapitre annonce plus qu'il ne contient. D'abord il est étranger aux causes qui empêchent la prescription libératoire : comme le chapitre précédent, il n'a trait qu'à la prescription acquisitive. Ensuite il ne s'occupe pas de toutes les causes qui empêchent la prescription acquisitive, mais seulement de l'une d'elles, la *précarité*. Notre chapitre se trouve ainsi n'être qu'un développement de la dernière condition exigée par l'art. 2229 pour que la possession puisse conduire à la prescription, qu'elle soit *à titre de propriétaire*. L'absence de cette condition constitue la *précarité*, dont la loi va s'occuper.

En un mot, l'art. 2229 nous a dit : l'une des conditions, requises pour que la possession soit utile au point de vue de la prescription, est l'*animus domini;* le chapitre, à l'étude duquel nous arrivons, va nous dire que l'absence de l'*animus domini* constitue la *précarité*, quels sont les possesseurs précaires, et nous expliquer que ce vice de la possession est en principe absolu et indélébile.

1628. « *Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais, par* » *quelque laps de temps que ce soit* » : telle est la teneur de l'art. 2236 al. 1. Dumoulin a pu dire, sans exagérer la portée de ce principe, que le possesseur à titre précaire ne prescrit pas *etiam per mille annos*, et la jurisprudence nous offre des décisions qui ont déclaré inutiles pour la prescription des possessions dont la durée ne s'éloigne pas beaucoup de cette limite. Ainsi une commune, qui avait une possession de plus de sept siècles, n'a pu triompher contre le propriétaire, auquel elle opposait la prescription, parce que celui-ci produisait un titre duquel il résultait qu'au début de sa possession la commune était usagère, donc possesseur à titre précaire.

1629. Nous avons dit plus haut (n. 1611) quels sont ceux qui possèdent à titre précaire. L'art. 2236 al. 2 résumera les explications

que nous avons données sur ce point : « *Ainsi le fermier, le dépositaire,* » *l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du pro-* » *priétaire, ne peuvent la prescrire* ».

1630. La précarité constitue un vice absolu, perpétuel et indélébile.

Absolu, en ce sens que celui qui détient à titre précaire ne peut prescrire à l'égard de qui que ce soit. Ainsi j'ai pris un bien à ferme de quelqu'un qui n'en est pas propriétaire ; je le détiens en cette qualité pendant trente ans; puis le véritable propriétaire exerce contre moi l'action en revendication. Je ne pourrai pas lui opposer la prescription, parce que mon titre implique l'absence de l'*animus domini*.

En outre le vice résultant de la précarité est *perpétuel :* il subsiste même après l'arrivée de l'époque fixée pour la restitution de la chose. Ainsi il survit pour le fermier à la fin du bail. Il n'est pas purgé non plus par la mort du possesseur : « *Les héritiers de ceux qui tenaient la* » *chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent, ne peu-* » *vent non plus prescrire* », dit l'art. 2237. Le vice de la précarité pourra donc être opposé au possesseur après plusieurs générations. Peu importe d'ailleurs que les héritiers connaissent ou non le vice de la possession de leur auteur; peu importe aussi qu'ils aient personnellement l'*animus domini;* car la loi ne distingue pas.

Mais, si le vice de la précarité se communique aux héritiers, ajoutons *ou autres ayant cause universels* du possesseur, il ne se communique pas à ses successeurs à titre particulier. La raison en est que le successeur à titre particulier commence une possession nouvelle qui n'est point entachée de précarité, tandis que le successeur à titre universel continue la possession de son auteur qui la lui a transmise avec le vice dont elle était atteinte. On lit à ce sujet dans l'art. 2239 : « *Ceux à* » *qui les fermiers, dépositaires et autres détenteurs précaires ont transmis* » *la chose par un titre translatif de propriété, peuvent la prescrire* ». Ainsi celui qui achète un immeuble d'un fermier peut prescrire; il pourra même prescrire par dix à vingt ans, s'il est de bonne foi ; car la vente qui lui a été consentie constitue un juste titre et les deux conditions prescrites par l'art. 2265 se trouvent ainsi réunies.

Enfin le vice résultant de la précarité est en principe *indélébile.* Du moins il ne dépend pas du possesseur de le purger par sa seule volonté. C'est ce qui résulte de l'art. 2240 : « *On ne peut pas prescrire contre son* » *titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et* » *le principe de sa possession* ». Cette règle remonte à la plus haute antiquité. *Illud a veteribus præceptum est neminem sibi causam suæ possessionis mutare posse.* Elle signifie que la volonté d'être propriétaire, et même la manifestation de cette volonté par des actes de jouissance que le propriétaire seul a le droit d'accomplir, ne suffit pas pour inter-

vertir la possession de celui qui détient à titre précaire. Inutilement s'affirme-t-il propriétaire, inutilement se comporte-t-il comme tel; sa possession demeure toujours infectée du vice dont elle est atteinte, et par suite inutile pour la prescription.

Ainsi une commune a un droit d'usage dans une forêt; son titre lui donne la faculté de couper toutes les basses essences, par exemple tous les arbres ou arbustes autres que le chêne, le frêne, le hêtre et l'ormeau, que le propriétaire s'est réservés; pendant plusieurs siècles, la commune se comporte comme propriétaire : elle coupe tout le bois que produit la forêt, et le propriétaire ou ses ayant cause laissent faire. Pourra-t-elle invoquer la prescription ? Non, parce qu'elle n'a pas pu se changer à elle-même la cause et le principe de sa possession. Son titre la déclare usagère; elle demeure telle, en dépit de ses prétentions à la propriété et de ses usurpations. Les ayant cause du propriétaire pourront donc faire valoir leur droit à quelque époque que ce soit, sans qu'on puisse leur opposer la prescription, et obliger la commune à restreindre pour l'avenir sa possession dans les limites de son titre : ce qu'on exprime en disant que la possession peut toujours être ramenée au titre primitif. Même après mille ans, le titre est la règle de la possession pour les détenteurs à titre précaire !

Si, modifiant un peu l'espèce que nous venons de proposer, nous supposons qu'une commune s'empare sans titre, et par conséquent sans droit, d'une forêt qui m'appartient, et qu'elle la possède *animo domini* pendant trente années, elle pourra au bout de ce temps m'opposer la prescription. De sorte que le possesseur, qui, n'ayant aucun droit sur la chose, s'en est emparé en vertu d'une usurpation flagrante, est mieux traité que celui qui, ayant en vertu de son titre le droit de se mettre en contact avec la chose, comme fermier, usufruitier, usager..., anticipe sur les droits du propriétaire. La loi est donc moins favorable à celui qui commet une demi-usurpation qu'à celui qui commet une usurpation complète. La raison de cette différence, s'il y en a une, est que celui qui détient une chose précairement est en vertu de son titre le représentant du propriétaire, et, quand il le trahit, il peut paraître plus coupable que le premier venu, un ennemi peut-être, qui s'est emparé sans droit de la chose. D'un autre côté, la négligence du propriétaire est plus excusable à l'égard du possesseur précaire, précisément parce qu'il se croit représenté par lui. Quoi qu'il en soit, il est certain que celui qui n'a pas de titre est mieux traité que celui qui a un titre vicieux; ce qui a fait dire : *Melius est non habere titulum quam habere vitiosum.*

Sans trop nous appesantir sur le mérite de la disposition qui ne permet pas au détenteur précaire de prescrire, *etiam per mille annos*, remarquons qu'elle est en opposition avec l'idée mère de la prescription, qui est une institution d'ordre social,

établie en vue de mettre un terme aux procès. Admettons que le détenteur à titre précaire soit moins favorable que l'usurpateur : ce pouvait être une raison de lui imposer un délai plus long pour prescrire; mais fallait-il décider qu'il ne pourra jamais arriver à la prescription, au risque de ressusciter après bien des siècles, au moyen de longs et coûteux procès, des droits dont le souvenir est depuis longtemps perdu? Heureusement les règles sur l'interversion de la possession précaire, à l'étude desquelles nous allons arriver bientôt, diminuent beaucoup le danger de cette disposition, parce qu'elles en rendent l'application fort rare.

1631. Si l'on ne peut pas prescrire *contre son titre* (art. 2240), on peut prescrire *au delà* ou *en dehors* de son titre. Cela est de tradition. Ainsi l'acheteur d'un domaine, qui possède, outre ce domaine, des pièces de terre dépendant d'un domaine voisin appartenant à son vendeur ou à un tiers, peut en prescrire la propriété. Mais la seule prescription possible sera la prescription de trente ans : en effet ce que l'acheteur possède au delà ou en dehors de son titre, il le possède nécessairement sans titre, et le possesseur qui n'a pas de titre ne peut prescrire que par trente ans (arg. art. 2262 et 2265).

Le fermier, qui possède des terres au delà ou en dehors de son titre, peut-il en acquérir la propriété par la prescription? Oui, si, sachant qu'elles ne sont pas comprises dans son titre, il les a possédées *animo domini*. Non, s'il les croyait comprises dans son titre; car alors il les a possédées *sine animo domini,* donc à titre précaire.

1632. Interversion du titre de possession. — La règle, que le détenteur précaire ne peut jamais prescrire, souffre exception, quand le titre de sa possession est interverti. L'interversion est un changement dans le titre de la possession : de précaire qu'elle était, elle devient non précaire, et par suite utile pour la prescription. Ce changement, ainsi que nous venons de le voir, ne peut pas s'accomplir par le seul fait du possesseur, en ce sens qu'il ne lui suffit pas de se comporter comme propriétaire pour transformer sa possession précaire en une possession *animo domini*. Mais le titre de sa possession peut être interverti par l'une des deux causes indiquées en l'art. 2238 : « *Néanmoins les personnes énoncées dans les articles* 2236 *et* 2237 *peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire* ».

Il y a donc deux causes d'interversion, que nous allons successivement étudier.

Première cause d'interversion. Le titre de la possession du détenteur précaire peut être interverti, nous dit la loi, *par une cause venant d'un tiers*. On peut citer comme exemple le cas où celui qui détient un immeuble en qualité de fermier achète cet immeuble d'un tiers qui n'en est pas le véritable propriétaire; à dater de ce moment, le fermier pourra prescrire la propriété de l'immeuble, même contre son bailleur si celui-ci en est le *verus dominus*. Mais il faut supposer, bien entendu, que le fermier cesse de payer ses fermages; car, s'il en continuait le paiement, sa possession serait *équivoque,* et par suite inutile pour la

prescription. En effet, d'une part son titre d'acquisition semble annoncer une possession à titre de propriétaire, et d'autre part le paiement des fermages implique la reconnaissance du droit de propriété appartenant au bailleur, ce qui exclut l'*animus domini*. En un mot, pour que la possession soit intervertie, il ne suffit pas que le possesseur acquière un titre nouveau, il faut de plus que sa possession soit conforme à ce titre. Mais il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, que le possesseur notifie son titre au véritable propriétaire.

Deuxième cause d'interversion. Le titre de la possession du détenteur précaire peut être interverti par la contradiction qu'il oppose au droit du propriétaire. La loi ne dit pas quels sont les actes d'où peut résulter cette contradiction. La question de savoir si, dans telle circonstance déterminée, le possesseur a opposé une contradiction suffisante aux droits du propriétaire est donc laissée à l'appréciation du juge. L'esprit de la loi paraît toutefois lui imposer une règle, que la cour de cassation a formulée en ces termes : « il faut que le droit du propriétaire soit hautement méconnu et manifestement contredit ». Ainsi on ne devrait pas voir une contradiction suffisante dans ce seul fait, que le fermier aurait cessé de payer ses fermages. Il en est autrement, si, sur l'action en justice intentée contre lui par le bailleur, le fermier a opposé qu'il était propriétaire du fonds et qu'il refusait pour ce motif le paiement des fermages; ou bien si, sans supposer une lutte judiciaire, le fermier a notifié sa prétention au bailleur par acte extrajudiciaire, lui déclarant que désormais il ne paierait plus les fermages; ou même si, le fermier ayant cessé le paiement de ses fermages et le bailleur ayant voulu rentrer en possession du bien qu'il prétendait lui appartenir, le fermier a réussi à l'en empêcher à la suite d'une lutte et à se maintenir en possession. Cpr. Amiens, 4 août 1875, Sir., 77. 2. 81.

L'interversion de la possession purge le vice de la précarité *erga omnes*. Le possesseur pourra donc désormais prescrire, non seulement contre celui dont il tenait son titre entaché de précarité, mais contre tous autres.

La règle, qu'on ne prescrit pas contre son titre, ne s'applique pas en matière de prescription libératoire. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 2241 : « *On peut prescrire contre son titre, en ce sens que » l'on prescrit la libération de l'obligation que l'on a contractée* ». Prescrire la libération de l'obligation que l'on a contractée, ce n'est pas en réalité prescrire contre son titre; en effet la prescription, que le débiteur oppose à son créancier, n'a rien de contraire au titre de celui-ci : c'est une cause d'extinction du titre.

CHAPITRE IV

DES CAUSES QUI INTERROMPENT OU QUI SUSPENDENT LE COURS DE LA PRESCRIPTION

1633. Point de contact entre l'interruption et la suspension. — L'*interruption* et la *suspension* de la prescription ont cela de commun qu'elles supposent une prescription commencée. Quand la prescription commence-t-elle à courir ? A cet égard, il faut distinguer entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive. La première a en principe pour point de départ le jour où la possession a commencé ; car elle est fondée sur la possession, qu'elle a précisément pour but de consolider. Quant à la prescription extinctive, son cours commence à partir du jour où est née l'action qu'elle est destinée à éteindre. Nous reviendrons sur ce point quand nous expliquerons l'art. 2257.

1634. Définition de l'interruption et de la suspension. Différences qui les séparent. — L'interruption a pour but et pour résultat de mettre à néant une prescription commencée. Tout le bénéfice du temps antérieur à l'acte interruptif est perdu pour celui qui avait commencé à prescrire ; mais il peut immédiatement commencer une prescription nouvelle, s'il n'a pas cessé de se trouver dans les conditions requises par la loi. En un mot, l'interruption agit sur le passé, mais elle est sans influence sur l'avenir. — La suspension a un caractère tout différent ; le cours de la prescription est momentanément arrêté, mais pour reprendre lorsque la cause qui opère la suspension aura cessé : la prescription pourra alors se compléter par le temps qui restait à courir au moment où la cause de suspension s'est produite. Le temps antérieur est mis en réserve, pour être utilisé lorsque la cause qui produisait la suspension aura cessé.

On voit que l'interruption anéantit une prescription commencée ; tout ce qui est possible désormais, c'est une prescription nouvelle, qui peut d'ailleurs, suivant les circonstances, commencer à courir immédiatement. La suspension au contraire ne fait que *paralyser* la prescription ; c'est un temps d'arrêt : la prescription commencée pourra se compléter plus tard. On peut donc dire, appliquant à la prescription ce que l'on a dit à tort de la possession (*supra*, n. 1606), que la suspension est une maladie de la prescription, tandis que l'interruption en est la mort.

SECTION PREMIÈRE

DES CAUSES QUI INTERROMPENT LA PRESCRIPTION

§ I. *Diverses espèces d'interruption.*

1635. « *La prescription peut être interrompue ou naturellement ou* » *civilement* », dit l'art. 2242.

L'interruption naturelle est celle qui résulte d'un fait matériel ; l'interruption civile, celle qui résulte d'un acte juridique.

N° 1. Interruption naturelle.

1636. « *Il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé,* » *pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien* » *propriétaire, soit même par un tiers* » (art. 2243).

L'interruption naturelle peut s'appliquer à la prescription acquisitive ou usucapion et à la prescription extinctive des servitudes; mais elle demeure sans application possible à la prescription extinctive des obligations, qui est fondée sur l'inaction du créancier.

Nous disons d'abord que l'interruption naturelle peut s'appliquer à la prescription acquisitive. Je suis en voie de prescrire un immeuble que je possède depuis un certain temps; un tiers s'empare de la possession de cet immeuble, ou bien je suis privé de cette possession par le fait du *propriétaire* (et non, comme le dit inexactement la loi, de l'ANCIEN *propriétaire,* car son droit de propriété n'est pas encore brisé, puisqu'on suppose la prescription non accomplie). La prescription est-elle interrompue? La loi distingue. Non, si je me fais restituer la possession à l'aide de l'action possessoire intentée dans l'année du trouble (quelle que soit d'ailleurs l'époque à laquelle le juge aura statué sur ma demande); je serai alors réputé n'avoir pas cessé de posséder un seul instant, et la prescription aura continué son cours. Oui, au contraire, si j'ai laissé passer l'année sans intenter l'action possessoire; car alors j'ai perdu la possession, et par suite le bénéfice qu'elle m'avait procuré au point de vue de la prescription. On le voit, la simple *occupation,* soit par le propriétaire, soit par un tiers, de la chose que j'ai commencé à prescrire ne suffit pas pour interrompre la prescription; il faut une possession de plus d'une année.

L'interruption naturelle de la prescription acquisitive suppose la perte de la possession; par conséquent il ne suffit pas que le possesseur ait cessé d'accomplir des actes de jouissance sur la chose, il faut qu'un autre les ait accomplis à sa place; peu importe d'ailleurs que ce soit le propriétaire ou un tiers. A moins cependant que le possesseur, qui a cessé de jouir, n'ait abdiqué volontairement la possession; car la possession suppose nécessairement l'*animus domini,* et par conséquent elle se perd quand l'*animus domini* cesse d'exister. En dehors de cette hypothèse, qui n'est d'ailleurs qu'une hypothèse d'école, la simple cessation de jouissance du possesseur qui a commencé à prescrire pourrait bien avoir pour résultat de rendre sa

possession discontinue, et par conséquent vicieuse au point de vue de la prescription; mais il serait inexact de dire que ce fait constitue une interruption naturelle de la prescription.

L'interruption naturelle peut aussi s'appliquer à la prescription extinctive des servitudes. Ainsi mon fonds a une servitude de puisage sur le fonds voisin; je cesse de puiser. A dater de ce moment, la prescription commence à courir au profit du propriétaire du fonds servant; elle sera interrompue, dès que je recommencerai à user de la servitude.

Mais l'interruption naturelle est sans application à la prescription extinctive des obligations, qui est fondée sur l'inaction du créancier.

N° 2. Interruption civile.

1637. L'interruption civile est susceptible de s'appliquer soit à la prescription acquisitive, soit à la prescription extinctive, à la différence de l'interruption naturelle, qui, ainsi que nous venons de le voir, ne reçoit qu'exceptionnellement son application à la prescription extinctive. Les actes juridiques, d'où peut résulter l'interruption civile, sont limitativement déterminés par la loi. Quels sont ces actes? Il y en a toute une série qu'on peut désigner sous la dénomination commune d'*actes d'interpellation* (art. 2244). En outre, l'interruption peut résulter de la reconnaissance, que fait le débiteur ou le possesseur, du droit de celui contre qui il prescrit (art. 2248).

I. *Interruption civile résultant d'une interpellation.*

1638. « *Une citation en justice, un commandement ou une saisie,* » *signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interrup-* » *tion civile* » (art. 2244).

Ainsi, pour interrompre la presciption qui court contre moi, je dois nécessairement interpeller le possesseur ou le débiteur, soit par une *citation en justice,* soit par un *commandement,* soit par une *saisie.* Cette énumération est limitative. Ainsi l'interpellation résultant d'une sommation ne serait pas suffisante pour interrompre la prescription. La loi veut une interpellation extrêmement énergique, manifestant clairement la volonté du propriétaire ou du créancier d'exercer son droit et détruisant par suite l'induction tirée de son inaction plus ou moins prolongée. Cependant nous avons vu que la sommation de payer ou de délaisser, adressée au tiers détenteur conformément à l'art. 2169, interrompt contre lui la prescription de l'hypothèque. Nous en avons dit la raison : cette sommation équivaut à un commandement.

1. *Citation en justice.*

1639. Bien que le mot *citation* soit consacré dans la langue juridique pour désigner l'assignation à comparaître devant un tribunal de *paix,* la loi emploie dans l'art. 2244 l'expression *citation en justice* pour désigner d'une manière générale toute assignation à comparaître devant un tribunal, quel qu'il soit, et même toute demande en justice, qu'elle soit ou non formée par exploit d'huissier. Ainsi une demande reconventionnelle serait certainement interruptive de la prescription, bien qu'elle se forme par acte d'avoué à avoué; c'est une citation en justice dans le sens de l'art. 2244. Peu importe, dit fort bien la cour de Metz, comment la justice est saisie, pourvu qu'elle soit saisie.

1640. « *La citation en conciliation devant le bureau de paix, interrompt la prescription, du jour de sa date, lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice donnée dans les délais de droit* » (art. 2245). L'art. 57 du code de procédure civile contient une disposition analogue, et fixe en même temps la durée du délai de droit dont vient de nous parler l'article précité : « *La citation en conciliation interrompra la prescription, et fera courir les intérêts; le tout, pourvu que la demande soit formée dans le mois, à dater du jour de la non- comparution ou de la non-conciliation* ».

On sait que la citation en conciliation est souvent un préliminaire obligé de la demande en justice (C. pr., art. 48). Cela posé, pour qu'il fût possible à celui contre lequel court la prescription de l'interrompre jusqu'au dernier moment, il fallait de toute nécessité faire rétroagir la demande au jour de la citation en conciliation. Les articles que nous venons de transcrire ne font en définitive qu'édicter cette rétroactivité, sous la condition que la demande en justice soit formée dans le délai d'un mois au plus tard à dater de la citation en conciliation.

Tel étant l'unique motif qui a dicté cette disposition, on doit en conclure qu'elle ne recevrait pas son application au cas où le préliminaire de conciliation n'est pas obligatoire. En d'autres termes, il y a des demandes qui, par exception, ne sont pas assujetties au préliminaire de conciliation; si néanmoins une semblable demande a été précédée d'une citation en conciliation, donnée par erreur ou pour tout autre motif, la demande ne sera pas nulle pour cela, *quod abundat non vitiat;* mais la prescription ne sera interrompue qu'à dater de la demande, et non de la citation en conciliation. Il n'y a plus ici nécessité de faire rétroagir la demande au jour de la citation, puisque la demande aurait pu et même dû être formée directement; le motif de l'exception établie par l'art. 2245 manque donc, et par suite l'exception ne doit plus s'appliquer. L'art. 57 du code de procédure civile, qui n'est qu'une seconde édition, revue et augmentée, de l'art. 2245, ne laisse guère de doute à cet égard. Il dit à la vérité dans les termes les plus généraux, comme l'art. 2245, que la citation en conciliation interrompt la prescription; mais il est manifeste, par la place qu'occupe l'article, que la citation en conciliation dont il parle est celle que viennent de réglementer les articles précédents, c'est-à-dire celle qu'ils déclarent obligatoire. Il y a dans ce sens un arrêt de la cour de cassation du 17 janvier 1877 (Sir., 78. 1. 165).

La solution contraire triomphe dans la doctrine; on peut en être surpris, quand on voit la faiblesse des raisons sur lesquelles se base l'opinion commune.

L'art. 48 du code de procédure civile met la comparution volontaire devant le magistrat conciliateur sur la même ligne que la citation; il faut en conclure que, comme cette dernière, elle est interruptive de la prescription. La solution contraire aurait pour résultat d'imposer aux parties des frais frustratoires.

* Un arrêt de la cour de cassation du 5 juin 1883 (Sir., 84. 1. 49) décide qu'une citation en référé, à fin d'expertise ou de constat de faits litigieux n'interrompt pas la prescription. Cette solution paraît conforme aux textes et aux principes. Législativement il serait peut-être préférable de décider que la citation en référé, comme la citation en conciliation, est interruptive de la prescription, sous la condition d'être suivie d'une demande en justice formée dans un certain délai.

1641. « *La citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription* » (art. 2246).

On n'a pas voulu qu'une erreur sur la compétence, erreur excusable quelquefois, pût avoir pour conséquence de faire perdre à la demande son effet interruptif. Il aurait pu en résulter un préjudice irréparable pour le demandeur ; car l'heure de la prescription est peut-être sonnée au moment où, son erreur étant découverte, il se met en devoir de la réparer. D'ailleurs, pour avoir été formée devant un tribunal incompétent, la demande ne témoigne pas moins énergiquement de la volonté chez celui qui l'a formée de ne pas laisser périr son droit.

* La loi ne distinguant pas, on doit en conclure que la prescription serait interrompue par la demande formée devant un tribunal incompétent *ratione materiæ*, aussi bien que par celle formée devant un tribunal incompétent *ratione personæ*.

1642. L'art. 2247 va maintenant nous indiquer toute une série de cas, dans lesquels l'interruption, résultant d'une demande judiciaire, est considérée comme non avenue : « *Si l'assignation est nulle par* » *défaut de forme, — Si le demandeur se désiste de sa demande, — S'il* » *laisse périmer l'instance, — Ou si sa demande est rejetée, — L'inter-* » *ruption est regardée comme non avenue* ».

= *Si l'assignation est nulle par défaut de forme.* Cette disposition est marquée au coin d'une extrême sévérité, tandis que celle de l'art. 2246, qui attribue l'effet interruptif à la demande formée devant un juge incompétent, peut paraître empreinte d'une indulgence excessive. En tout cas, ces deux dispositions sont peu concordantes : il est difficile d'expliquer comment la loi relève ici le demandeur des conséquences d'une erreur sur la compétence, qui procède de son fait, tandis qu'elle le rend responsable d'une nullité d'exploit, qui est du fait de l'huissier. Il est vrai que l'huissier est civilement responsable de la nullité qui lui est imputable; mais il peut être insolvable, et alors sa responsabilité sera illusoire.

L'art. 65 du code de procédure civile dispose : « Il sera donné, avec l'exploit, » copie du procès-verbal de non-conciliation, ou copie de la mention de non-com- » parution, à peine de nullité ». Ainsi, pour que la demande en justice soit valable, il ne suffit pas que le préliminaire de conciliation requis par la loi ait eu lieu, il faut en outre que l'exploit d'ajournement en contienne la preuve. Il ne paraît guère douteux que la nullité, résultant de l'inobservation de cette disposition, ne soit une nullité tenant à la forme; par conséquent la demande en justice, nulle pour inobservation de l'art. 65, n'interrompt pas la prescription. Il en est de même *a fortiori* de celle qui n'a pas été précédée du préliminaire de conciliation requis par la loi; on ne comprend guère qu'il puisse y avoir controverse sur ce point.

Nous en dirions autrement de la nullité résultant de l'absence d'une autorisation requise par la loi, de l'autorisation maritale par exemple, s'il s'agit d'une action en justice formée par une femme mariée. Ce n'est plus là une nullité tenant à la forme, mais à l'incapacité; elle ne tomberait donc pas sous le coup de l'art. 2247 al. 1, et n'empêcherait pas par suite la demande d'interrompre la prescription.

La nullité, résultant d'un vice de forme, est couverte, si elle n'est pas proposée avant toute exception autre que les exceptions d'incompétence (C. pr., art. 173).

= *Si le demandeur se désiste de sa demande.* Il s'agit du désistement dont il est question dans les art. 402 et 403 du code de procédure civile, c'est-à-dire du désistement ayant pour objet la procédure, l'instance, et non la prétention elle-même. Un semblable désistement, quand il a été accepté par l'adversaire, entraîne l'anéantissement de l'instance et par suite efface son effet interruptif quant à la prescription. Les choses « sont remises de part et d'autre au même état qu'elles étaient avant la demande », dit l'art. 403 du code de procédure civile.

= *S'il* [le demandeur] *laisse périmer l'instance.* La péremption n'est qu'un désistement présumé; elle doit donc produire les effets d'un désistement. On sait que la péremption s'accomplit par la discontinuation des poursuites pendant trois années (C. pr., art. 397). Toutefois, la péremption n'a pas lieu de plein droit : il faut qu'elle soit demandée (C. pr., art. 399 et 400). Si elle ne l'est pas, l'effet interruptif de la demande durera pendant trente années à compter du dernier acte de la procédure. Arg. art. 2262.

Enfin la loi dit que l'interruption est regardée comme non avenue, *si la demande est rejetée.* Comment cela? La demande étant rejetée, par hypothèse, il est jugé que le demandeur était sans droit, et par conséquent ce n'est pas la prescription que le défendeur lui opposera, mais l'exception de chose jugée, s'il y a lieu. — Il faut en effet d'assez grands efforts d'intelligence pour concevoir l'application de cette disposition. Mourlon cite le cas suivant, d'après Valette. Un créancier solidaire intente une action en justice contre le débiteur. Cette demande profite aux autres créanciers solidaires (art. 1199) : ils peuvent invoquer l'interruption de la prescription qu'elle a produite; car un des créanciers solidaires est censé mandataire des autres pour tout ce qui peut améliorer la situation commune. Maintenant le demandeur succombe dans sa prétention. Le jugement rendu contre lui ne sera pas opposable à ses cocréanciers; en effet il n'a pas mandat pour empirer leur situation; ceux-ci pourront donc former une nouvelle demande, sans qu'on puisse leur opposer l'exception de chose jugée; mais à la condition que la prescription ne soit pas encore accomplie; car l'interruption, résultant de la demande formée par leur cocréancier, est regardée comme non avenue, cette demande ayant été rejetée.

2. *Commandement.*

1643. Le commandement est un acte par lequel un huissier *commande* à un débiteur d'exécuter l'obligation dont il est tenu en vertu d'un titre exécutoire (jugement ou acte notarié), lui déclarant qu'en cas de refus il y sera contraint par les voies de droit, c'est-à-dire le plus souvent par la saisie de ses biens.

On voit par cette définition : 1° Que le commandement est un acte extrajudiciaire, du ministère de l'huissier; 2° Que le commandement suppose nécessairement un titre exécutoire; 3° Qu'il est le préliminaire de la saisie : il doit précéder d'un jour au moins la saisie mobilière, de trente jours au moins la saisie immobilière.

On voit en outre que le commandement constitue une interpellation très énergique, et on conçoit facilement que la loi lui ait reconnu la vertu d'interrompre la prescription.

Il n'est pas nécessaire que le commandement soit suivi d'une saisie dans un certain délai, pour interrompre la prescription.

3. *Saisie.*

1644. Ainsi que nous venons de le voir, la saisie est nécessairement précédée d'un commandement ; or le commandement interrompt la prescription ; alors quelle utilité y avait-il à faire produire à la saisie elle-même l'effet interruptif? Nous répondons d'abord qu'il existe certaines saisies, qui, par exception à la règle générale, peuvent être pratiquées sans un commandement préalable : ce sont la saisie foraine (C. pr., art. 822), la saisie-gagerie (C. pr., art. 819 et s.) et la saisie-revendication (C. pr., art. 826 et s.). En outre la prescription recommence à courir aussitôt après le commandement : par suite il n'est pas inutile que la saisie l'interrompe de nouveau ; l'espace de temps écoulé entre le commandement et la saisie devient ainsi inutile au point de vue de la prescription.

Toute saisie interrompt la prescription (car la loi ne distingue pas), par conséquent même la saisie-arrêt.

II. *Interruption civile résultant de la reconnaissance de celui qui prescrit.*

1645. « *La prescription est interrompue par la reconnaissance que le » débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il pres- » crivait* » (art. 2248). Cette reconnaissance emporte renonciation au bénéfice de la prescription commencée; par conséquent elle interrompt la prescription. En outre elle rend le plus souvent la prescription, au moins celle à l'effet d'acquérir, impossible pour l'avenir, parce qu'elle rend précaire la possession de celui dont elle émane (*supra*, n. 1585).

La reconnaissance de celui qui prescrit constitue un acte unilatéral ; elle ne suppose donc pas nécessairement pour sa perfection le consentement de celui à qui elle doit profiter, son acceptation. Le plus souvent, il est vrai, cette reconnaissance se fait par une convention ; aussi appelle-t-on quelquefois *conventionnelle* l'interruption de la prescription qui en résulte. Mais, si la convention est le moule ordinaire de la reconnaissance, on conçoit fort bien qu'elle puisse se produire sous une autre forme : notamment elle pourrait résulter d'une déclaration de celui qui prescrit, consignée dans un inventaire fait après décès. Cpr. Douai, 28 novembre 1879, Sir., 81. 2. 32.

1646. La reconnaissance dont parle l'art. 2248 peut être expresse ou tacite, suivant qu'elle résulte d'une volonté manifestée *verbis* ou *re*. Les principaux faits, d'où peut s'induire la reconnaissance tacite, sont : le paiement, fait par le débiteur qui est en voie de prescrire, des intérêts de sa dette (Cass., 19 mai 1884, Sir., 85. 1. 113), ou d'une partie du capital *à titre d'acompte ;* la demande qu'il fait d'un délai pour le paiement; l'offre et à plus forte raison la dation de sûretés, telles que caution, gage, hypothèque... Cpr. Cass., 28 janvier 1885, Sir., 86. 1. 215.

1647. Pour interrompre la prescription, la reconnaissance doit émaner du débiteur ou du possesseur qui est en voie de prescrire.

Quelle capacité le débiteur ou le possesseur doit-il avoir pour faire valablement une semblable reconnaissance ? Il faut distinguer.

S'agit-il d'une prescription acquisitive ? le possesseur ne peut valablement faire une reconnaissance interruptive qu'autant qu'il a la capacité requise pour disposer du droit que la prescription, une fois accomplie, aurait consolidé sur sa tête ; car reconnaître le droit de son adversaire, c'est abdiquer le sien.

Même solution en ce qui concerne la prescription extinctive d'un droit réel, par exemple d'une servitude.

Au contraire, s'il s'agit d'une prescription extinctive de droits personnels, il suffit que celui qui fait la reconnaissance ait la capacité ou le pouvoir requis pour administrer le patrimoine grevé de l'obligation, que la reconnaissance va consolider en interrompant la prescription qui allait bientôt l'éteindre. Ainsi un mineur émancipé, une femme mariée séparée de biens, une personne pourvue d'un conseil judiciaire, peuvent valablement, en reconnaissant une dette, interrompre la prescription qui courait à leur profit ; ils pourraient certainement interrompre la prescription en payant partiellement la dette, ils doivent pouvoir l'interrompre aussi en la reconnaissant. De même, le tuteur d'un mineur non émancipé pourrait valablement reconnaître une dette de son pupille, et cette reconnaissance interromprait la prescription.

1648. Preuve de la reconnaissance. — Le droit commun s'applique ici de tous points, la loi n'y ayant pas dérogé. Par conséquent celui qui allègue une reconnaissance interruptive de la prescription ne peut pas être reçu à en fournir la preuve par témoins en matière excédant 150 fr., sauf les exceptions prévues par les art. 1347 et 1348. Ainsi je suis créancier d'une somme de 500 fr. ; mon débiteur m'opposant la prescription, je réplique qu'à une époque où l'heure de la prescription n'était pas encore sonnée, il m'a payé une somme de 25 fr. représentant l'intérêt du capital de la dette pendant une année : ce qui emporte de sa part reconnaissante tacite de la dette et par suite interruption de la prescription. Je ne devrai pas être admis à faire par témoins la preuve de ce paiement, parce que l'intérêt engagé est ici égal au capital de la dette, soit 500 fr., et dépasse par suite le taux fixé par l'art. 1341.

§ II. *Effets de l'interruption.*

1649. L'interruption, nous l'avons déjà dit, n'agit en principe que sur le passé, non sur l'avenir. Tout le bénéfice du temps écoulé au moment où s'est accompli l'acte interruptif est perdu pour le possesseur ; mais l'interruption ne fait pas obstacle en général à ce qu'une nouvelle prescription puisse commencer à courir.

Quel sera le point de départ de cette nouvelle prescription ? A cet égard il faut distinguer entre l'interruption naturelle et l'interruption civile.

a. — Interruption naturelle. Nous savons qu'elle peut s'appliquer : 1° à la prescription acquisitive ; 2° à la prescription extinctive, mais seulement à celle des droits réels et principalement des servitudes.

Au premier cas, l'interruption naturelle a lieu lorsque celui qui était en voie de prescrire soit la propriété, soit un droit de servitude a cessé de posséder pendant plus d'une année ; la prescription ne pourra recommencer à courir à son profit qu'à dater du jour où il aura recouvré la possession.

Au second cas, l'interruption naturelle résulte de l'exercice de la servitude dont la prescription extinctive était commencée, et la prescription recommence à courir à partir de cet acte même.

b. — Interruption civile. On se souvient que l'interruption civile peut résulter, soit d'une demande en justice, soit d'un commandement, soit d'une saisie (art. 2244).

α. L'interruption civile, résultant d'une demande en justice, se prolonge pendant toute la durée de l'instance ; tant qu'elle demeure liée, le demandeur est donc à l'abri de la prescription. En ce sens, il est vrai de dire avec la loi romaine : *Actiones quæ tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.* Maintenant, quand l'instance sera arrivée à son terme, de deux choses l'une : — Ou elle aura pris fin soit par un désistement accepté, soit par la péremption prononcée, soit par la discontinuation des poursuites pendant trente années, soit enfin par un jugement rejetant la demande, et alors l'interruption résultant de la demande sera considérée comme non avenue; l'ancienne prescription aura continué son cours; — Ou bien l'instance aura pris fin par un jugement consacrant en tout ou en partie la prétention du demandeur, et alors l'action qui naît du jugement, *actio judicati,* ne se prescrira que par trente ans.

β. L'interruption résultant d'une saisie peut se prolonger aussi pendant un certain temps; car la saisie est une procédure dont toutes les parties sont solidaires. La prescription ne recommence à courir qu'à compter, soit du dernier acte de poursuite fait en exécution de la saisie, soit de la clôture de l'ordre ou de la distribution par contribution qui en a été la suite.

γ. Il n'en est pas de même de l'interruption résultant d'un commandement; elle ne survit pas au commandement lui-même ; la prescription peut donc recommencer immédiatement à courir. Aussi la loi dit-elle que la prescription est interrompue de nouveau par la saisie; le temps écoulé entre le commandement et la saisie, se trouve ainsi rendu inutile au point de vue de la prescription.

1650. La nouvelle prescription, qui commence à courir après l'interruption, conserve en principe le même caractère que l'ancienne, et demeure par conséquent soumise aux mêmes règles. Ainsi, une prescription, commencée dans les conditions requises pour pouvoir s'accomplir par dix à vingt ans, ayant été interrompue, la nouvelle prescription s'accomplira par le même délai, alors même qu'au moment où cette nouvelle prescription commence, le possesseur ne serait pas de bonne foi, et ne réunirait plus par conséquent les conditions requises par l'art. 2265. — La question toutefois est controversée.

La règle, que nous venons d'établir, est sujette à quelques restrictions pour le cas où l'interruption résulte de la reconnaissance, faite par le possesseur ou le débiteur, du droit de celui contre qui il prescrit. Ainsi la reconnaissance faite par le *possesseur* peut avoir pour résultat de rendre dans l'avenir toute prescription impossible à son profit, si elle implique la précarité de sa possession (*supra,* n. 1585). De même, la reconnaissance faite par le débiteur emportera quelquefois novation de l'obligation dont il était tenu, et il pourra arriver ainsi que la nouvelle prescription, qui commence après l'interruption, ne puisse plus s'accomplir que par trente années, tandis que la prescription interrompue était soumise à un délai beaucoup plus court.

1651. Etendue des effets de l'interruption. — Un vieil adage dit : *Non fit interruptio de re ad rem nec de quantitate ad quantitatem.*

De re ad rem. Ainsi je possède un champ dans les conditions requises pour prescrire ; celui qui prétend en être propriétaire m'enlève la possession d'une moitié de ce champ, et la possède lui-même pendant plus d'une année sans que j'intente contre lui l'action possessoire ; je continue de posséder l'autre moitié. La prescription sera interrompue pour la partie du champ que je ne possède plus ; mais non pour l'autre partie que je possède toujours.

De quantitate ad quantitatem. Ainsi, créancier d'une même personne pour deux

dettes distinctes, je forme contre elle une demande en justice pour l'une des dettes seulement ; la prescription de l'autre ne sera pas interrompue. Il importe peu que les deux dettes aient la même cause, pourvu qu'elles soient distinctes.

Cependant cette règle n'est pas sans exceptions. Nous nous bornerons à en indiquer une. La demande en justice, formée pour les intérêts d'une dette, interrompt la prescription, non seulement pour lesdits intérêts, mais aussi pour le capital de la dette. La raison en est que la dette des intérêts implique celle du capital : en conservant mon droit quant aux intérêts, je le conserve donc nécessairement quant au capital. Réciproquement la demande du capital interrompt la prescription, non seulement pour le capital, mais aussi pour les intérêts qui en sont un accessoire.

1652. Qui peut se prévaloir des effets de l'interruption. — A qui ils peuvent être opposés. — L'interruption naturelle profite à tout intéressé. En effet elle produit toujours ce résultat, que, non seulement en droit, mais encore en fait, celui qui avait commencé à prescrire ne se trouve plus dans les conditions requises par la loi pour que la prescription puisse avoir lieu ; tout intéressé peut se prévaloir de ce fait. Ainsi un voisin, qui avait commencé à prescrire la propriété de mon fonds, a cessé de posséder ce fonds depuis plus d'un an par suite du fait d'un tiers qui s'en est emparé. L'interruption de prescription, qui résulte de cet état de choses, existe *erga omnes;* je pourrai donc m'en prévaloir, s'il y a lieu, contre l'ancien possesseur par exemple, si, prétendant que la prescription s'est accomplie à son profit, il vient plus tard exercer contre moi l'action en revendication du fonds qui se trouve aujourd'hui entre mes mains.

L'interruption naturelle a donc un caractère de réalité ; elle opère *in rem,* c'est-à-dire *generaliter.* Au contraire, l'interruption civile est personnelle : elle ne profite qu'à celui dont elle émane, et ne nuit qu'à celui contre qui elle a été dirigée. La raison en est que l'interruption *civile* résulte d'un acte juridique, et les effets des actes juridiques se concentrent ordinairement entre les personnes qui y ont été parties. Il ne s'agit plus ici d'une interruption résultant d'un fait, et par conséquent de la nature même des choses (interruption naturelle), mais bien d'une interruption purement juridique ou *civile,* et par suite fictive, dont les effets sont nécessairement relatifs comme l'acte qui les produit. Notre ancien droit avait condensé ce principe dans un adage qui est demeuré célèbre : *De persona ad personam non fit interruptio civilis.*

1653. L'art. 2249, que nous reproduirons tout à l'heure, consacre implicitement l'une des applications les plus importantes du principe que nous venons d'établir. L'interpellation, émanée d'un héritier, n'interrompt la prescription qu'en sa faveur, par conséquent pour la part qui lui appartient, et non en faveur de ses cohéritiers. En sens inverse, l'interpellation dirigée contre un héritier n'interrompt la prescription que contre lui, non contre ses cohéritiers qui n'ont pas été touchés par l'acte d'interpellation. Cette double conséquence de notre principe était admise par Dunod et Pothier : mais elle était rejetée par les autres auteurs, qui admettaient que l'interruption civile, opérée ou subie par l'un des héritiers, profite ou nuit à tous les autres. On fondait cette décision sur l'existence d'un prétendu mandat, en vertu duquel les héritiers se représentent respectivement au point de vue des interruptions de prescriptions. Ce mandat ne pourrait être qu'un mandat légal, et par suite il est impossible de l'admettre dans notre droit actuel en l'absence d'un texte de loi qui l'établisse.

Le mandat, que notre ancien droit admettait à tort entre les cohéritiers, existe entre les créanciers solidaires et les débiteurs solidaires. Aussi l'interruption civile, provenant du fait de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres (art. 1199). De même, en sens inverse, l'interruption civile, résultant d'une interpellation dirigée par le créancier contre l'un des débiteurs solidaires, nuit aux autres. « *L'interpella-*

» *tion faite, conformément aux articles ci-dessus, à l'un des débiteurs solidaires, ou* » *sa reconnaissance, interrompt la prescription contre tous les autres, même contre* » *leurs héritiers* », dit l'art. 2249 al. 1.

La combinaison des règles, que nous venons d'exposer dans les deux alinéas précédents, explique facilement les solutions contenues dans les trois derniers alinéas de l'art. 2249, que nous nous bornons à reproduire : « *L'interpellation faite à l'un* » *des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'inter-* » *rompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand même la créance* » *serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivisible. — Cette interpellation ou cette* » *reconnaissance n'interrompt la prescription, à l'égard des autres codébiteurs, que* » *pour la part dont cet héritier est tenu. — Pour interrompre cette prescription* » *pour le tout, à l'égard des autres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous* » *les héritiers du débiteur décédé, ou la reconnaissance de tous ces héritiers* ».

1654. Aux termes de l'art. 2250 : « *L'interpellation faite au débiteur principal,* » *ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution* ». C'est une nouvelle exception à la règle *Interruptio civilis non fit de persona ad personam,* et difficile à justifier, celle-là. Deux raisons pour une de ne pas étendre notre disposition en dehors de ses termes. Nous en concluons que l'interpellation faite à la caution n'interrompt pas la prescription à l'égard du débiteur principal. Et, comme l'obligation de la caution ne peut pas subsister quand celle du débiteur principal est éteinte, il en résulte que la caution pourra se prévaloir de la prescription accomplie au profit du débiteur.

SECTION II

DES CAUSES QUI SUSPENDENT LE COURS DE LA PRESCRIPTION

1655. Définition; notions générales. — La suspension est une période d'arrêt, pendant laquelle la prescription sommeille, pour continuer à courir aussitôt que la cause d'où résulte la suspension a cessé. Le bénéfice du temps antérieur à la suspension n'est donc pas perdu pour celui qui a commencé à prescrire : la prescription commencée pourra se compléter plus tard. C'est là la différence principale, que la suspension présente avec l'interruption qui anéantit la prescription commencée; de sorte qu'il pourra bien y avoir lieu après l'interruption à une nouvelle prescription, mais il ne pourra pas être question de compléter l'ancienne, dont le bénéfice est irrévocablement perdu.

Ainsi je me suis emparé sans droit d'un immeuble que j'ai possédé pendant vingt-cinq ans; à ce moment, le véritable propriétaire, qui était, on le suppose, majeur et capable au moment de mon entrée en possession, vient à mourir, laissant un héritier mineur. Tant que durera la minorité de cet héritier, la prescription commencée à mon profit sera suspendue, c'est-à-dire provisoirement arrêtée dans son cours (art. 2252); elle continuera à courir aussitôt que la cause de suspension aura cessé, c'est-à-dire à partir de la majorité de cet héritier; elle s'accomplira donc, dans l'espèce proposée, par cinq années à dater de cet événement.

La suspension suppose une prescription commencée. Mais elle peut se produire dès le début, auquel cas, la prescription n'ayant commencé que d'une manière nominale avant d'être suspendue, il n'y aura aucun temps mis en réserve pour être ajouté à celui qui courra après la cessation de la cause d'où résulte la suspension. Ainsi je m'empare d'un immeuble appartenant à un mineur; ma possession réunit toutes les conditions requises par l'art. 2229. La prescription commence à mon profit; mais elle est immédiatement suspendue, arrêtée dans son cours. A première vue, il semble qu'il vaudrait autant dire que la prescription ne commence à courir qu'après la majorité du propriétaire. Ce serait une erreur : il peut être très important de constater que la prescription a commencé, sauf à la déclarer immédiatement suspendue. Ainsi, dans l'espèce proposée tout à l'heure, supposons que l'immeuble dont je me suis emparé appartienne à une jeune fille mineure, qui plus tard se marie sous le régime dotal en se constituant tous ses biens en dot. Si l'on reconnaît que la prescription a commencé lors de mon entrée en possession, mais qu'elle a été immédiatement suspendue, il en résultera que la prescription courra à mon profit pendant le mariage, aussitôt que la femme sera devenue majeure; car l'art. 1561 dispose que les immeubles dotaux sont prescriptibles pendant le mariage, lorsque la prescription *a commencé auparavant*. Tandis que, si l'on considère la prescription comme ne commençant que le jour de la majorité de la femme, son point de départ se trouvant ainsi reculé à une époque postérieure à la célébration du mariage, elle ne pourra commencer à courir qu'après sa dissolution. — La question présente un intérêt analogue au point de vue de l'application de l'art. 2281.

§ I. *Principe.*

1656. « *La prescription court contre toutes personnes, à moins* » *qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi* ». Ainsi s'exprime l'art. 2251.

Dans notre ancien droit, les causes de suspension de la prescription n'étaient pas limitativement déterminées. Tout était laissé à l'arbitraire du juge, qui n'avait d'autre guide en cette matière que la maxime *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. La règle, consacrée par cette maxime, paraît fort sage au premier abord. Celui qui est menacé par la prescription doit *agir* pour la conjurer, c'est-à-dire accomplir un acte interruptif; il paraît donc logique de ne pas faire courir la prescription contre lui, s'il est dans l'impossibilité d'agir. Mais, avec un peu de bonne volonté, le juge, qui veut restituer un propriétaire ou un créancier contre les effets de la prescription, parce que la cause lui paraît favorable, trouvera presque toujours quelque impossibilité d'agir, l'absence, l'ignorance de son droit, l'altération des facultés intellectuelles...; et les dispositions de la loi sur la prescription demeureront ainsi lettre morte, bien qu'elles aient pour fondement les plus puissantes considérations d'intérêt social. C'est bien ainsi que les choses se passaient à peu près dans notre ancien droit. Le législateur de 1804 le savait, et c'est précisément pour empêcher le renouvellement de ces abus qu'il a formulé le principe écrit en l'art. 2251, principe qui équivaut à ceci : *Il n'y a pas d'autres causes de suspension que celles admises par la loi.*

1657. Cependant telle est la force de la tradition, que les tribunaux n'ont pas pu se résoudre à appliquer franchement la loi. Chose triste à dire, ils ont été encouragés dans cette voie par un parti important dans la doctrine : le jurisconsulte est moins excusable que le juge, quand il se laisse aller à violer la loi, parce qu'il est débarrassé de la préoccupation des faits, qui assiège si souvent l'esprit du juge. A entendre les échos répétés du Palais, il semble que la maxime *Contra non valentem agere non currit præscriptio* soit encore en pleine vigueur. La jurisprudence en a fait deux applications principales.

La première est relative au cas où celui contre lequel la prescription court a été empêché de l'interrompre par quelque événement de force majeure, tel que la guerre ou tout autre fléau qui a momentanément arrêté le cours de la justice. On décide que la prescription a été suspendue pendant tout le temps qu'a duré l'impossibilité de l'interrompre.

A notre avis, cette solution est nettement condamnée par le décret du 9 septembre 1870 et par la loi du 26 mai 1871, qui ont suspendu les prescriptions en matière civile pendant la durée de la guerre franco-allemande. Voyez aussi la loi du 20 décembre 1879. Ces dispositions législatives seraient d'une inutilité manifeste, si la règle était que la guerre est une cause de suspension de la prescription quand elle arrête le cours de la justice.

La deuxième application concerne le cas où celui à qui la prescription est opposée avait une juste cause d'ignorer son droit. La cour de cassation pose en principe, que la prescription ne court point « toutes les fois que le créancier peut raisonnablement, et aux yeux de la loi, ignorer l'existence du fait qui donne naissance à son droit et à son intérêt, et par suite ouverture à son action ». Il est palpable que cette exception tend à détruire en grande partie la règle. En général ce ne sont pas ceux qui ont connaissance de leur droit qui le laissent prescrire, ce sont ceux qui l'ignorent, et avec quelque bonne volonté on peut presque toujours trouver une juste cause à leur ignorance ; d'autant plus que la notion de la *juste cause* est ici nécessairement arbitraire, puisque la loi ne l'a pas définie et qu'elle n'en parle même pas. Que deviendra dans de pareilles conditions le principe tutélaire de la prescription ?

Ainsi notre législateur écrit un texte tout exprès pour proscrire la règle *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, qu'il considère avec raison comme mettant en péril l'institution même de la prescription, nécessaire au maintien de l'ordre social, et la jurisprudence consacre deux des applications les plus importantes de cette vieille maxime. Nous verrons sous l'art. 2257 qu'elle en admet, à tort également, une troisième, dont il serait prématuré de parler ici.

1658. On demandera sans doute pourquoi la jurisprudence n'a pas fait un pas de plus, pourquoi elle n'a pas consacré aussi les autres applications de la règle admises dans notre ancien droit, notamment celle relative à l'absence du possesseur et à son état d'aliénation mentale. C'est que la jurisprudence a sa manière à elle d'interpréter l'art. 2251. Argumentant judaïquement des termes de ce texte, qui dispose que « La prescription court contre *toutes personnes*, à moins qu'elles ne soient » dans quelque exception établie par une loi », la jurisprudence dit : Les causes de suspension de la prescription sont limitativement déterminées par le législateur, *en tant qu'elles sont fondées sur des considérations relatives à la personne de celui contre lequel la prescription court ;* mais le code civil ne détermine pas limitativement les autres causes de suspension, celles qui sont étrangères à la personne. Si donc on ne peut admettre, sans violer la loi, une cause de suspension relative à la personne qui ne résulte pas d'un texte formel, par exemple l'absence, on peut au contraire, sans encourir le même reproche, admettre par des raisons d'équité une cause

de suspension étrangère à la considération de la personne, par exemple celle résultant de la suspension du cours de la justice par suite de la guerre.

Cette interprétation nous paraît inadmissible. La distinction adoptée par la jurisprudence ne ressort nullement des termes de l'art. 2251. En définitive toute prescription court *contre une personne;* et, quand le législateur vient nous dire : « La » prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quel- » que exception établie par une loi », cela signifie tout simplement qu'il n'y a pas d'autres causes de suspension que celles établies par la loi.

D'ailleurs, en supposant fondée l'interprétation que nous venons de combattre, comment se fait-il que la jurisprudence admette la cause de suspension, résultant de l'ignorance où se trouve celui contre qui la prescription court de l'existence de son droit, et qu'elle rejette celle résultant de son absence? Est-ce que, dans l'un comme dans l'autre cas, la cause de suspension n'est pas relative à la personne ?

Enfin, en théorie, comment expliquer que la loi ait éprouvé le besoin de déterminer limitativement les causes de suspension fondées sur des considérations personnelles à celui que la prescription menace, et qu'elle ait donné une énumération non limitative des autres causes de suspension ?

La jurisprudence a encore un autre argument pour justifier les applications qu'elle fait de la règle *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Il se réduit en substance à ceci : Les dispositions du code civil, qui déterminent les cas de suspension de la prescription, ne font que consacrer des applications particulières de l'ancienne maxime : ce qui suppose que le législateur la considère comme étant encore en vigueur. L'interprète doit donc, développant la pensée qui a dicté les dispositions des art. 2252 et suivants, admettre d'autres applications dans les cas analogues à ceux prévus par la loi. — Singulière argumentation! En supposant que le législateur ait consacré, comme on le prétend, quelques applications de la règle traditionnelle, les autres devraient par cela même être écartées, puisque l'art. 2251 nous dit que les dispositions de la loi sont limitatives sur ce point : admettre certaines applications seulement de la règle, c'est exclure manifestement les autres. Mais il y a plus : nous verrons bientôt que les diverses dispositions, relatives à la suspension de la prescription, ne doivent pas être considérées comme des applications de la règle traditionnelle; le législateur l'a donc rejetée d'une manière absolue.

* **1659.** Sans aller aussi loin que la jurisprudence, MM. Aubry et Rau ont proposé à ce sujet une distinction assez rationnelle, mais qui, il faut bien le reconnaître, est sans base dans les textes. La règle *Contra non valentem agere non currit præscriptio,* disent ces auteurs, ne peut pas recevoir d'application en l'absence d'un texte, lorsque l'obstacle qui a empêché l'interruption de la prescription est un obstacle de fait, tel que l'absence de celui contre qui la prescription court, l'ignorance où il se trouve de l'existence de son droit, la suspension du cours de la justice, résultant de la guerre ; mais il en est autrement, si c'est un obstacle de droit, un obstacle légal. « C'est ainsi, disent ces auteurs, que la prescription reste suspendue au profit des créanciers du failli qui ont fait admettre leurs créances au passif de la masse, jusqu'au moment où, par l'effet d'un concordat ou de la clôture de l'union, ils auront recouvré l'exercice de leurs actions individuelles » (t. II, p. 342).

§ II. *Exceptions au principe.*

1660. Division. — On peut répartir dans trois groupes les causes de suspension énumérées par le code civil : — 1° causes de suspension tenant à l'incapacité de celui dont le droit est menacé par la prescription ; — 2° causes de suspension fondées sur les rapports person-

nels existant entre celui qui prescrit et celui contre qui la prescription devra courir; — 3° causes de suspension fondées sur les modalités de la créance menacée dans son existence par la prescription.

N° 1. Causes de suspension tenant à l'incapacité de celui qui est menacé par la prescription.

1661. La prescription est-elle suspendue dans notre droit au profit des incapables? Le législateur a résolu cette question d'une manière peu satisfaisante, à notre avis : il suspend la prescription au profit des mineurs et des interdits; il ne la suspend pas, en principe tout au moins, au profit des femmes mariées.

La logique aurait peut-être exigé que la même situation fût faite sur ce point à tous les incapables. En quel sens l'assimilation aurait-elle dû être établie? Fallait-il suspendre la prescription au profit de tous les incapables, ou ne la suspendre en faveur d'aucun? A notre gré, c'est dans ce dernier sens que la question aurait dû être résolue. Sans doute l'intérêt des incapables doit éveiller la sollicitude du législateur; mais après tout c'est un intérêt particulier, et l'intérêt privé doit toujours s'incliner devant l'intérêt social qui est un intérêt général; or l'intérêt social exige que la prescription suive son cours. D'ailleurs les incapables ont des représentants ou des protecteurs, qui sont chargés de veiller sur eux et qui sont responsables envers eux du préjudice qu'ils leur causeraient par leur faute en négligeant d'interrompre la prescription; leurs intérêts se trouvaient ainsi suffisamment sauvegardés. La suspension de la prescription, établie en faveur de certains incapables, est d'autant plus regrettable qu'elle peut avoir pour résultat d'arrêter indéfiniment le cours de la prescription; il suffit pour cela qu'un second incapable succède au premier, mort en état d'incapacité, puis un troisième au second, et ainsi de suite.

Quoi qu'il en soit, étudions successivement la situation que notre loi fait aux mineurs et aux interdits d'une part, aux femmes mariées d'autre part.

1. *Mineurs et interdits.*

1662. « *La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'art.* 2278, *et à l'exception des autres cas déterminés par la loi* » (art. 2252).

Ce texte étant conçu dans les termes les plus généraux, on doit en conclure que le bénéfice de la suspension qu'il établit appartient :

a. — Aux mineurs émancipés aussi bien qu'aux mineurs non émancipés. Le besoin de la suspension se fait même plus fortement sentir pour les mineurs émancipés; car ils n'ont pas de représentant légal, et leur inexpérience est extrême.

b. — Aux interdits légalement, non moins qu'aux interdits judiciairement. Ce dernier point est cependant contesté.

Mais, s'il faut donner à notre disposition le développement naturel qu'elle comporte à raison de la généralité de ses termes, il faut bien se garder de dépasser cette limite. Nous refuserons donc le bénéfice de la suspension :

1° Aux fous non interdits, eussent-ils été placés dans un établissement d'aliénés;

2° Aux prodigues et aux faibles d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire.

1663. L'art. 2252 modère par une double restriction la faveur qu'il accorde aux mineurs et aux interdits.

La première est annoncée par ces mots : *sauf ce qui est dit à l'article* 2278. Ce texte, ainsi que nous le verrons, soumet les mineurs et les interdits au droit commun pour les prescriptions particulières, dont il est question dans la section IV du chapitre V, et qui s'accomplissent par cinq années ou par un délai de moindre durée; on les désigne dans la doctrine sous la dénomination commune de *courtes prescriptions*. Chose singulière ! c'est précisément ici que le besoin de la suspension se faisait le plus vivement sentir pour les mineurs et les interdits, car la prescription est d'autant plus menaçante qu'elle est plus courte, et le législateur leur retire sa protection. Nous ne l'en blâmons pas : l'intérêt social doit l'emporter sur celui des incapables. Mais alors il fallait laisser les mineurs et les interdits soumis dans tous les cas au droit commun en matière de prescription.

La deuxième restriction résulte de ces mots qui terminent l'art. 2252 : *et à l'exception des autres cas déterminés par la loi*. Pas de difficulté, lorsqu'il existe une disposition expresse; on en trouve un exemple dans l'art. 1676. V. aussi art. 1663. Mais la doctrine admet, ce qui est contestable, qu'une exception virtuelle suffit, et par exception virtuelle on entend celle qui résulte de l'esprit de la loi et des motifs qui l'ont inspirée. Comme exemples on cite les cas prévus par les art. 559, 809, 880, 886, 957, 1047, 1622, 1648 et 1854 du code civil, et par les art. 64, 108 et 189 du code de commerce. Parmi les textes que nous venons d'indiquer, il y en a qui établissent des déchéances plutôt que des prescriptions, et il y aurait peut-être lieu d'établir une distinction entre les unes et les autres; nous ne faisons qu'indiquer la question.

2. *Femmes mariées.*

1664. La suspension de la prescription forme le droit commun pour les mineurs et pour les interdits; c'est par exception seulement que la prescription court contre eux. La loi fait une situation inverse à la femme mariée : en principe la prescription court contre elle, c'est par exception seulement qu'elle est suspendue. Nous avons déjà laissé entendre qu'il est difficile de donner une bonne raison de cette différence; il faut se borner à la constater, sans chercher à l'expliquer.

Nous disons qu'en principe la prescription court contre la femme mariée. On n'en peut douter, lorsqu'on lit l'art. 2254 qui prend soin de nous dire que la femme mariée demeure soumise au droit commun

quant à la prescription, dans l'un des cas où le besoin de la suspension semblait se faire le plus impérieusement sentir : « *La prescription* » *court contre la femme mariée, encore qu'elle ne soit point séparée par* » *contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a* » *l'administration, sauf son recours contre le mari* ».

On le voit, le mari, quand il est chargé par la convention matrimoniale de l'administration des biens de sa femme, est tenu d'interrompre les prescriptions qui menacent celle-ci ; car la loi le déclare responsable de celles qu'il aurait laissées s'accomplir. Il faut supposer toutefois que le mari est en faute : ce qu'il appartiendrait au juge d'apprécier souverainement. Ainsi le mari devrait échapper à toute responsabilité à raison d'une prescription, qui se serait accomplie à son insu contre la femme à une époque tellement rapprochée de la célébration du mariage qu'il ne lui aurait pas été moralement possible de se mettre au courant des intérêts de sa femme.

1665. Par dérogation au principe que nous venons d'exposer, la prescription est suspendue au profit de la femme mariée dans trois cas : en d'autres termes, la règle, que la prescription court contre la femme mariée, comporte trois exceptions.

Première exception. Elle résulte de l'art. 1304 al. 2, *in fine*. V. ce texte.

Deuxième exception. « *Néanmoins elle* [la prescription] *ne court* » *point, pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation d'un fonds cons-* » *titué selon le régime dotal, conformément à l'article* 1561, *au titre* du Contrat de Mariage et des Droits respectifs des époux » (art. 2255).

* Ce texte nous est déjà connu. Nous en avons parlé longuement sous les art. 1560 et 1561 (*supra*, n. 415), où nous avons démontré l'erreur matérielle qui a été commise à l'insu du législateur au sujet du renvoi au titre *Du contrat de mariage*. Le lecteur voudra bien se reporter à nos précédentes explications sur ce point.

Troisième exception. « *La prescription est pareillement suspendue* » *pendant le mariage,* — 1° *Dans le cas où l'action de la femme ne pour-* » *rait être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la* » *renonciation à la communauté...* » (art. 2256 al. 1 et 2). Nous citerons comme exemple le cas où un mari a fait donation d'un immeuble de la communauté, en violation de la prohibition de l'art. 1422. On se souvient que la femme n'a le droit de demander la nullité d'une semblable donation que si elle accepte la communauté ; car elle est sans intérêt à la faire prononcer, si elle renonce. L'action en nullité, appartenant à la femme, est donc subordonnée au résultat de l'option qu'elle fera plus tard entre l'acceptation et la répudiation de la communauté ; par conséquent il y aura lieu à la suspension édictée par notre article : la prescription ne courra pas contre la femme tant que la communauté durera.

Nous disons que la prescription est suspendue, *tant que dure la communauté* Elle commence donc à courir dès que la communauté est dissoute, quelle que soit d'ailleurs la cause de la dissolution, mort de l'un des époux, divorce, séparation de corps ou de biens (art. 1441). La loi dit, il est vrai, que la prescription est suspendue *pendant le mariage,* et le mariage dure encore après la séparation de corps ou de biens. Mais il est manifeste que le rédacteur de l'article ne s'est préoccupé que du cas qui se présente le plus ordinairement, celui où la communauté se dissout par la mort de l'un des époux, et c'est en vue de cette hypothèse qu'il a déclaré la prescription suspendue *pendant le mariage.* Il sous-entendait certainement que la suspension cesserait avant la dissolution du mariage au cas de séparation de corps ou de biens ; car, le droit d'option entre l'acceptation et la répudiation de la communauté étant alors ouvert pour la femme, la suspension n'aurait plus aucune raison d'être. Les mots *pendant le mariage* se trouvent au contraire fort exacts, en tant qu'ils s'appliquent à la seconde cause de suspension édictée par l'art. 2256 et dont nous allons nous occuper maintenant.

Quatrième exception. « *La prescription est pareillement suspendue* » *pendant le mariage,...* 2° *Dans le cas où le mari ayant vendu le bien* » *propre de sa femme sans son consentement, est garant de la vente, et* » *dans tous les autres cas où l'action de la femme réfléchirait contre le* » *mari* » (art. 2256-2°). Un mari vend un immeuble de sa femme sans le consentement de celle-ci. C'est une vente de la chose d'autrui, nulle aux termes de l'art. 1599; néanmoins elle engendre à la charge du mari l'obligation de garantie. Supposons que la femme revendique son bien contre l'acquéreur; que va-t-il arriver? Infailliblement l'acquéreur se retournera contre le mari, qu'il attaquera par l'action en garantie. La revendication de la femme est donc de nature à réfléchir contre le mari, puisqu'elle aura pour conséquence une action récursoire contre lui; et, comme la femme, pour conserver la paix dans son ménage, se trouvera souvent dans l'obligation morale de ne pas intenter une action qui peut avoir de telles conséquences, la loi déclare la prescription suspendue à son profit pendant toute la durée du mariage.

Si, au lieu de vendre un immeuble propre à sa femme, le mari en a fait donation, le donataire commencera à prescrire immédiatement. En effet, si la femme revendique son bien, le donataire ne pourra pas se retourner contre le mari, qui n'est pas ici tenu de la garantie, d'après la règle *Donator de evictione non tenetur.* Ce motif même indique qu'il faudrait donner une solution différente, si la donation faite par le mari l'obligeait exceptionnellement à la garantie : ce qui arriverait notamment au cas d'une donation faite *dotis causa* (art. 1440). L'action en revendication de la femme serait alors de nature à réfléchir contre le mari, et par suite aucune prescription ne courrait contre elle pendant le mariage, en vertu de notre disposition qui est conçue dans les termes les plus généraux.

On a remarqué que la théorie de la loi conduit à des résultats bizarres. Un mari a disposé de deux immeubles appartenant à sa femme, sans le consentement de

celle-ci, du premier par donation entre vifs, du second, par vente. Le donataire, fût-il de mauvaise foi, commencera à prescrire immédiatement contre la femme, tandis que l'acheteur, fût-il de bonne foi, ne pourra pas prescrire pendant toute la durée du mariage. Autre espèce. Un mari vend un immeuble appartenant à sa femme à un acheteur de bonne foi ; à la même époque, un usurpateur s'empare d'un autre immeuble de la femme. Ce dernier pourra prescrire pendant le mariage, tandis que le premier ne le pourra pas ; et cependant quel est le plus favorable des deux ?

N° 2. Causes de suspension fondées sur les rapports personnels existant entre celui qui prescrit et celui contre qui la prescription devrait courir.

1. *Suspension de la prescription entre époux.*

1666. « *Elle* [la prescription] *ne court point entre époux* », dit l'art. 2253. Cette disposition est fondée sur une considération d'ordre moral et social, la nécessité d'assurer la paix au sein des ménages. Si les époux étaient demeurés soumis au droit commun en ce qui concerne la prescription, l'un des deux aurait pu se voir forcé d'intenter pendant la durée du mariage une action contre l'autre pour conjurer les effets d'une prescription commencée par celui-ci. La paix conjugale en eût été inévitablement troublée. L'art. 2253 prévient cette cause de discorde entre les conjoints, en déclarant la prescription suspendue pendant la durée du mariage.

Bien que ce motif n'existe plus lorsque la séparation de corps a été prononcée entre les époux, la cause de suspension qui nous occupe continue à subsister; car la loi dit que la prescription ne court pas *entre époux;* or le titre d'époux survit à la séparation de corps. Ce que nous venons de dire de la séparation de corps s'applique à plus forte raison à la séparation de biens.

2. *Suspension de la prescription au profit de l'héritier bénéficiaire à raison des créances qu'il a contre la succession.*

1667. « *La prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire, » à l'égard des créances qu'il a contre la succession* », dit l'art. 2258 al. 1. Ainsi le défunt laisse deux héritiers, *Primus* et *Secundus,* dont l'un *Primus* avait contre lui une créance de 1,000 fr.; cet héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, ce qui empêche sa créance de s'éteindre par la confusion (art. 802); *Primus* conserve donc contre la succession la créance qu'il avait contre le défunt. Supposons que cette créance fût sur le point de s'éteindre par la prescription au moment de l'ouverture de la succession ; la prescription continuera-t-elle à courir contre l'héritier bénéficiaire ? Non ; il pourra, même après l'expiration du temps fixé pour la prescription, se faire payer sur les biens de la succession du montant de sa créance; car la loi suspend la prescription à son profit ? Quel en est le motif ? Il ne faut pas voir là, comme on l'a prétendu, une application de l'ancienne

671

règle *Contra non valentem agere non currit præscriptio;* car précisément l'art. 996 du code de procédure civile fournit à l'héritier, créancier de la succession, le moyen d'agir contre elle et par suite d'interrompre la prescription. Le législateur a sans doute jugé inutile, disent fort bien MM. Aubry et Rau, de forcer l'héritier bénéficiaire à provoquer des condamnations contre la succession, qu'il est chargé d'administrer tant dans son intérêt que dans celui des créanciers et des légataires.

Mais, remarquons-le bien, c'est seulement *contre la succession* que la prescription est suspendue au profit de l'héritier bénéficiaire; il ne pourrait donc pas invoquer le bénéfice de cette cause de suspension contre ses cohéritiers, qui auraient accepté la succession purement et simplement, pour les forcer à payer sur leurs biens personnels leur part dans la dette. Ainsi, dans l'espèce proposée tout à l'heure, supposons que le défunt n'ait laissé aucun bien et que *Secundus* ait néanmoins accepté la succession purement et simplement. *Primus* ne pourra pas, s'il a laissé passer le temps fixé pour la prescription de sa créance sans accomplir aucun acte interruptif, invoquer le bénéfice de la suspension, établie par l'art. 2258 al. 1, contre son cohéritier, pour le forcer à payer sur ses biens personnels la moitié de la dette. Nous le répétons, la suspension n'est établie au profit de l'héritier bénéficiaire qu'à l'égard des créances qu'il a *contre la succession,* et non de celles qu'il a contre ses cohéritiers. Mais d'ailleurs il peut invoquer le bénéfice de cette disposition contre la succession pour la totalité de sa créance. Tel nous paraît être le sens de l'art. 2258 al. 2. On en a donné d'autres interprétations.

1668. Comme toutes les dispositions qui édictent des suspensions de prescription, celle de l'art. 2258 al. 1 doit être interprétée restrictivement. Nous en concluons que la prescription n'est pas suspendue *au profit de la succession* pour les créances qu'elle peut avoir contre l'héritier bénéficiaire : c'est l'espèce inverse de celle en vue de laquelle la loi établit la suspension. Et toutefois, c'est surtout pour l'honneur des principes que nous formulons cette déduction; car, au point de vue pratique, on ne peut s'empêcher de reconnaître que la situation est à peu près la même que si la prescription était suspendue au profit de la succession. En effet l'héritier bénéficiaire, étant chargé en sa qualité d'administrateur d'interrompre les prescriptions qui courent contre la succession, est en faute s'il ne satisfait pas à cette obligation, et se trouve par suite non recevable à se prévaloir des prescriptions qu'il aurait laissées s'accomplir à son profit contre la succession; car nul ne peut retirer un profit de sa faute, *nemo ex culpa sua potest consequi emolumentum.* Cette proposition doit d'ailleurs être généralisée, et appliquée à tous ceux qui voudraient se prévaloir d'une prescription qu'ils ont négligé d'interrompre alors qu'ils y étaient tenus. Ainsi le maire d'une commune ne peut pas invoquer contre celle-ci une prescription qu'il aurait laissée s'accomplir pendant la durée de ses fonctions.

1669. Aux termes de l'art. 2258 al. 2 : « *Elle* [la prescription] » *court contre une succession vacante, quoique non pourvue de curateur* ». S'il y a un curateur, il est tenu sous sa responsabilité personnelle d'interrompre les prescriptions qui courent contre la succession. Au cas où il n'en existe pas, les intéressés, c'est-à-dire les créanciers de la succession, peuvent en faire nommer un; s'ils ne le font pas, ils n'ont pas à se plaindre, car ils sont victimes de leur négligence. Il n'y avait donc pas de motif pour suspendre la prescription qui court contre la succession vacante; pas plus que pour suspendre celle qui court à son

profit, les intéressés pouvant l'interrompre en provoquant la nomination d'un curateur contre lequel ils agiront.

1670. « *Elle* [la prescription] *court encore pendant les trois mois* » *pour faire inventaire, et les quarante jours pour délibérer* » (art. 2259). On suppose qu'après avoir mis à profit les délais qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, l'héritier accepte la succession purement et simplement ; s'il l'acceptait sous bénéfice d'inventaire, on tomberait dans le cas de l'art. 2258 al. 1. La prescription aura-t-elle été suspendue soit au profit de l'héritier, soit contre lui, pendant qu'il délibérait? Non. En effet, d'une part, l'héritier peut, même pendant la durée des délais, interrompre les prescriptions qui courent contre la succession ; car il s'agit d'un acte conservatoire, qu'il a par conséquent la faculté d'accomplir sans compromettre son droit d'option. D'autre part les intéressés peuvent aussi, pendant la durée desdits délais, interrompre les prescriptions qui courent contre eux au profit de la succession, sauf à se voir opposer l'exception dilatoire, qui retarde seulement l'issue de la demande sans empêcher son effet interruptif. Il n'y avait donc pas de motif pour suspendre la prescription soit au profit de la succession, soit contre elle.

N° 3. Suspension résultant des modalités de la créance.

1671. « *La prescription ne court point, — A l'égard d'une créance* » *qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ;* — » *A l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu ;* — » *A l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit* » *arrivé* » (art. 2257).

Ce texte nous présente la condition et le terme comme des causes de *suspension* de la prescription en ce qui concerne des droits de créance. Comment douter que telle soit bien la pensée du législateur ? D'une part, la section, dans laquelle est situé l'art. 2257, est intitulée *Des causes qui suspendent le cours de la prescription.* Puis la formule, dont l'article se sert, est précisément la même que celle des autres articles qui établissent des causes de suspension : « La prescription *ne* » *court point...* ». Cpr. art. 2252, 2253 et 2254. Hâtons-nous de dire qu'il y a là de la part du législateur une vue inexacte. La condition et le terme empêchent la prescription de courir : le point de départ de la prescription est retardé; son cours n'est pas seulement *suspendu,* ce qui supposerait qu'elle a commencé à courir.

La proposition que nous venons de formuler, est délicate; il ne sera pas inutile de l'éclaircir en la développant.

La suspension, nous venons de le dire, est un temps d'arrêt dans la prescription commencée. Quand la prescription commence-t-elle à courir pour les droits de créance, les seuls, comme nous le verrons tout à l'heure, qui fassent l'objet des préoccupations de l'art. 2257 ? En d'autres termes, quel est le point de départ de la

prescription d'un droit de créance, qui est nécessairement une prescription extinctive ? Pour répondre à cette question, il suffit de rappeler la définition de la prescription extinctive. Nous avons dit qu'elle constitue un mode de libération, résultant de l'inaction du créancier pendant le temps déterminé par la loi (*supra*, n. 1576). La prescription extinctive des droits personnels nous apparaît ainsi comme un mode particulier d'extinction des obligations; elle a pour résultat d'anéantir l'action qu'avait le créancier pour obtenir l'exécution de l'obligation. Rationnellement donc, elle ne doit pouvoir commencer à courir que lorsque l'action du créancier est née; car on ne concevrait pas que la prescription pût exercer son influence sur une action qui n'existe pas encore. C'est cette vérité élémentaire, qu'exprime l'ancien adage *Actioni non natæ non præscribitur*. De là il suit que, si un droit de créance est conditionnel ou à terme, la prescription ne pourra commencer qu'à dater de la réalisation de la condition ou de l'échéance du terme. Jusque-là le créancier a bien un droit; mais il n'a pas encore d'action, et par conséquent la prescription ne peut pas courir contre lui, parce qu'elle s'attaque à son action. Comme le dit fort bien M. Laurent, la prescription ne se conçoit point là où il n'y a pas d'action, parce qu'elle n'a été introduite que pour mettre fin aux actions.

Les créances conditionnelles ou à terme ne sont donc pas susceptibles de prescription, tant que la condition n'est pas réalisée ou le terme échu, parce que le créancier, s'il a un droit, n'a pas encore d'action, et qu'on ne peut pas prescrire contre une action qui n'existe pas. Par conséquent l'art. 2257 a tort de nous présenter la condition ou le terme comme *suspendant* la prescription des actions personnelles; la suspension, nous l'avons déjà dit bien des fois, et nous ne saurions trop le répéter, suppose une prescription commencée, dont elle arrête momentanément le cours. L'effet de la condition ou du terme est plus radical : ils empêchent la prescription de commencer à courir, ils retardent son point de départ.

1672. On a prétendu à tort que l'art. 2257 est une application de l'ancienne règle *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. Cette règle ne signifie point que la prescription ne peut pas courir contre celui qui n'a pas encore d'action ; elle signifie que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité de l'interrompre. Or telle n'est pas la situation du créancier conditionnel ou à terme : en supposant que la prescription courût contre lui, il aurait le droit et les moyens de l'interrompre. Il en aurait le droit ; car l'interruption de la prescription est un acte conservatoire, qui demeure permis à ce titre à un créancier conditionnel (arg. art. 1180) et à plus forte raison à un créancier à terme. Il en aurait les moyens ; car, s'il ne peut pas *pendente conditione aut die* exercer contre le débiteur une action en justice, tendant à obtenir une condamnation au paiement de la dette, il pourrait du moins obtenir de lui une reconnaissance volontaire ou forcée de son droit (arg. art. 2173), et une semblable reconnaissance est interruptive de la prescription.

1673. L'art. 2257 parle de créances qui *dépendent* d'une condition, par conséquent de créances dont l'existence est subordonnée à la réalisation d'une condition, c'est-à-dire de créances soumises à une condition suspensive ; sa disposition demeure donc inapplicable aux droits de créance soumis à une condition résolutoire. Le créancier, dont le droit est résoluble sous condition, a dès maintenant un droit d'action ; la prescription doit donc commencer à courir immédiatement contre lui.

1674. Après avoir posé le principe que la prescription d'une créance conditionnelle ne commence à courir qu'à dater de la réalisation de la condition, la loi en fait une application particulière à l'action en garantie : le point de départ de la prescription de l'action en garantie est reculé *jusqu'à ce que l'éviction ait lieu*. L'éviction est en effet la

condition à la réalisation de laquelle est subordonnée l'action en garantie.

D'ailleurs, le mot *éviction* nous paraît pris ici par la loi dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme désignant, non seulement l'éviction proprement dite résultant d'une sentence judiciaire (*evincere est vincendo in judicio auferre*), mais aussi le trouble qui en est le précurseur. Ce trouble suffit pour donner naissance à l'action en garantie ; par conséquent l'action en garantie doit commencer immédiatement à se prescrire, car la règle est que la prescription court dès que l'action est née. Quelques auteurs cependant s'en tiennent à la lettre de la loi, et décident que la prescription ne court qu'à dater du jour où l'éviction est consommée.

1675. Il est incontestable que l'art. 2257 s'applique à tous les droits de créance conditionnels ou à terme, à ceux qui ont pour objet des immeubles aussi bien qu'à ceux ayant pour objet des choses mobilières. Du moment que le demandeur fonde son action sur un lien d'obligation, il est dans les termes de l'art. 2257, et il peut s'en prévaloir ; peu importe qu'il s'agisse d'un meuble ou d'un immeuble. Ainsi celui auquel un immeuble a été légué sous condition peut exercer l'action personnelle en délivrance contre les héritiers ou autres débiteurs du legs pendant trente ans à compter de la réalisation de la condition, qui n'était pas encore accomplie, on le suppose, au moment du décès du testateur ; la prescription est suspendue à son profit jusqu'à cette époque.

1676. Mais l'art. 2257 est-il applicable aussi aux droits réels ? En d'autres termes, celui auquel appartient un droit réel conditionnel ou à terme sur un immeuble (droit de propriété, d'usufruit, d'hypothèque), pourra-t-il voir l'usucapion courir immédiatement contre lui au profit du possesseur de l'immeuble sur lequel porte son droit ? ou bien le point de départ en sera-t-il nécessairement retardé jusqu'à la réalisation de la condition ou l'échéance du terme ? Par exemple, en modifiant un peu l'espèce citée tout à l'heure, un immeuble a été légué sous une condition suspensive, qui n'était pas encore réalisée lors du décès du testateur ; l'héritier vend l'immeuble objet de ce legs, et le livre à l'acquéreur ; celui-ci pourra-t-il commencer à prescrire la propriété de l'immeuble contre le légataire avant la réalisation de la condition ?

Sur cette question il existe un conflit nettement établi entre la jurisprudence et la doctrine.

La jurisprudence admet ici l'application extensive de l'art. 2257 ; elle décide en conséquence que le possesseur ne commence à usucaper que lorsque la condition est réalisée ou le terme échu. Voyez notamment : Montpellier, 10 janvier 1878, Sir., 78. 2. 213 ; Dijon, 3 janvier 1878, Sir., 78, 2. 85 ; Cass., 9 juillet 1879, Sir., 79. 1. 463.

La solution contraire triomphe dans la doctrine, qui nous paraît avoir raison dans ce débat. Elle se place à notre avis sur un terrain inexpugnable, lorsqu'elle vient dire : L'art. 2257 parle des droits de *créance*, expression qui est toujours employée dans le langage juridique pour désigner les droits *personnels ;* sa disposition, que la loi nous présente comme exceptionnelle (arg. art. 2251), doit donc demeurer étrangère aux droits *réels ;* par conséquent il ne faut pas s'en préoccuper, quand il s'agit de déterminer le point de départ de la prescription en ce qui concerne les droits réels. Or, si on fait ici abstraction de la disposition de l'art. 2257, on voit que la prescription acquisitive commence à courir à dater de l'entrée en possession ; car elle a pour but de consolider la possession.

D'ailleurs, qu'il y ait sur ce point une différence entre la prescription acquisitive, et la prescription extinctive des droits personnels, on se l'explique facilement. Cette dernière éteint le droit d'action d'un créancier ; elle ne peut donc commencer à courir avant que le droit d'action existe, et par conséquent son point de départ doit

être reculé jusqu'à la réalisation de la condition, si la créance est conditionnelle, et jusqu'à l'échéance du terme, s'il s'agit d'une créance à terme. Auparavant, si le créancier a un droit, il n'a pas d'action, et la prescription ne peut pas commencer à courir, parce qu'elle s'attaque, non pas au droit, mais à l'action, en ce sens qu'elle aura pour résultat, non pas de transférer au débiteur qui prescrit le droit du créancier, mais d'éteindre l'action de ce créancier et de libérer le débiteur. Tout autre est la prescription acquisitive : elle s'attaque, non à l'action du propriétaire, mais à son droit qu'elle fait acquérir au possesseur, ou, si elle s'attaque à son action, ce n'est que d'une manière indirecte; et, s'il faut, pour que l'usucapion coure au profit du possesseur, que le droit du propriétaire auquel il l'opposera plus tard existe (car on ne concevrait pas qu'il prescrivît un droit qui n'existe pas), il n'est pas nécessaire que ce droit soit armé d'une action. Or le droit de celui qui est propriétaire sous condition suspensive existe dès maintenant, quoique à l'état embryonnaire (t. II, n. 936); il existe si bien que le titulaire peut en disposer, qu'il le transmet à ses héritiers s'il meurt, qu'il peut accomplir des actes conservatoires pour en assurer le maintien (arg. art. 1180) et parmi ces actes conservatoires figure précisément l'interruption de la prescription qui court contre lui. Sans doute il ne pourra pas interrompre cette prescription en intentant une action contre le possesseur, puisque son droit d'action n'est pas encore né; mais il l'interrompra en obtenant du possesseur une reconnaissance volontaire ou judiciaire de son droit. On ne peut donc pas adresser à la solution admise par la doctrine le reproche d'être injuste à l'égard du propriétaire sous condition, en ce sens qu'elle ferait courir contre lui une prescription qu'il ne pourrait pas interrompre.

Sur quoi se fonde la jurisprudence, pour soutenir que la prescription ne doit pas courir contre le propriétaire dont le droit est subordonné à une condition, tant que la condition n'est pas réalisée ? On dit que l'art. 2257, en tant qu'il dispose que la prescription ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive, n'est qu'une application particulière de l'ancienne règle *Contra non valentem agere non currit præscriptio,* que, le législateur ayant ainsi consacré implicitement cette règle, le juge doit accepter toutes les applications qu'elle comporte et notamment l'étendre aux droits réels conditionnels.

Ce raisonnement pèche à deux points de vue.

D'abord il n'est pas exact de dire que l'art. 2257 al. 2, est une application de la règle *Contra non valentem....* ; nous l'avons démontré plus haut (n. 1672).

Ensuite, en supposant que l'art. 2257 al. 2 soit une application de l'ancienne règle, en résulterait-il que sa disposition, écrite seulement en vue des droits de créance, dût être étendue aux droits réels conditionnels ? Assurément non. Nous l'avons déjà dit, la règle *Contra non valentem...* avait enfanté dans notre ancien droit d'énormes abus, que notre législateur n'ignorait pas et qu'il a voulu proscrire en posant un principe tout à fait contraire : « La prescription court contre toutes » personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi » (art. 2251). Par conséquent, en supposant que, par dérogation à ce principe, notre législateur ait conservé quelques applications de l'ancienne règle et que l'art. 2257 al. 2 contienne une de ces applications, il est clair que cette disposition devrait, à raison de sa nature exceptionnelle, recevoir l'interprétation restrictive, et qu'écrite en vue des droits de créance, elle ne saurait être étendue aux droits réels.

1677. Applications. — Nous allons indiquer maintenant quelques-unes des applications du système, que nous avons admis avec la doctrine et qu'on peut résumer ainsi : L'usucapion commence immédiatement à courir au profit du possesseur, même contre ceux qui ont sur l'immeuble par lui détenu un droit réel conditionnel ou à terme.

Première application. Un immeuble est grevé d'usufruit; un tiers s'en empare

sans titre, ou en prend possession après l'avoir acquis soit de l'usufruitier, soit d'un tiers. Il commencera à en prescrire immédiatement la propriété contre le nu propriétaire, bien que le droit de celui-ci, quant à la jouissance tout au moins, soit à terme, puisque cette jouissance ne lui appartiendra qu'à la cessation de l'usufruit.

Deuxième application. — Un immeuble a été donné avec stipulation du droit de retour (art. 951 et 952); le donataire l'aliène. L'acquéreur commence à en prescrire immédiatement la propriété contre le donateur, bien que le droit de celui-ci soit conditionnel, subordonné qu'il est à sa survie au donataire.

Troisième application. Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué commence immédiatement à prescrire l'hypothèque dont cet immeuble est grevé (on sait que cette prescription est acquisitive, *supra*, n. 1505), bien que la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque a été établie soit conditionnelle : ce qui rend conditionnelle l'hypothèque elle-même. Même solution pour l'hypothèque qui garantit une créance à terme.

1678. Observation. — Il faut bien se garder d'étendre aux droits réels *éventuels* ce que nous venons de dire des droits réels conditionnels ou à terme. En d'autres mots, si un possesseur peut usucaper contre celui auquel appartient un droit réel conditionnel ou à terme, il ne le peut pas contre celui qui n'a qu'un simple droit éventuel, du moins tant que le droit reste à cet état. Nous entendons ici par droits *éventuels* ceux qu'on peut être appelé à exercer un jour en qualité d'héritier légitime ou contractuel. Il y a une très grande différence entre le droit conditionnel et le droit éventuel *hoc sensu*. Le droit conditionnel figure dès maintenant dans le patrimoine du titulaire; il peut en disposer, en assurer le maintien par des actes conservatoires (art. 1180); tandis que le droit éventuel, tant qu'il reste tel, n'a pas encore d'existence ; il ne peut donc être question d'en disposer, ni même de lui appliquer des mesures conservatoires. Voilà pourquoi la prescription court contre celui qui a un droit réel conditionnel, alors qu'elle ne court pas contre celui qui a un droit éventuel : ce qui revient à dire qu'on peut usucaper contre celui qui a dès maintenant un *droit*, si imparfait qu'il soit, mais qu'on ne le peut pas contre celui qui n'a qu'une simple *espérance*. Cpr. t. II, n. 936.

L'application la plus remarquable de ce principe est relative à l'action en réduction de l'héritier réservataire contre les tiers détenteurs des biens dont son auteur a disposé par donation entre vifs. Tant que le donateur est vivant, son héritier réservataire présomptif n'a qu'un droit éventuel ; car la réserve est un droit de succession, et il n'y a pas de succession d'un homme encore vivant, *viventis non est hereditas* : ce qui revient à dire que, pour le moment, l'héritier présomptif n'a aucun droit, mais seulement une simple espérance ; par suite aucune prescription n'est possible contre lui, parce qu'on ne peut pas prescrire un droit qui n'existe pas. Quand donc l'action en réduction ou revendication (art. 930) de l'héritier réservataire commence-t-elle à se prescrire ? A dater du jour où son droit prend naissance, c'est-à-dire à compter de l'ouverture de la succession.

CHAPITRE V

DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE

1679. Division. — Ce chapitre est divisé en quatre sections. La première contient des dispositions générales relatives au calcul du délai de la prescription; la seconde est consacrée à la prescription trentenaire, qui forme le droit commun; la troisième à la prescription de dix à vingt ans, qui est spéciale aux immeubles et suppose néces-

sairement un juste titre et la bonne foi ; enfin la quatrième et dernière traite de quelques prescriptions particulières, dont la plus longue s'accomplit par cinq années et la plus courte par six mois ; il y est traité, en outre, de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre.*

SECTION PREMIÈRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

1680. « *La prescription se compte par jours, et non par heures* ». Ainsi s'exprime l'art. 2260.

La prescription, dit la loi, se compte par *jours, de die ad diem,* c'est-à-dire par périodes de vingt-quatre heures de minuit à minuit ? elle ne se compte pas par *heures, de hora ad horam.* Quelle en est la raison ? C'est qu'il eût été très difficile de déterminer exactement l'heure à laquelle une prescription a commencé. Consulte-t-on les actes? Ils contiennent la date du jour, rarement celle de l'heure. A-t-on recours à la preuve testimoniale, qui est ici de droit puisqu'il s'agit d'un simple fait? Ce sera déjà beaucoup que les témoins puissent préciser le jour où la prescription a commencé, par exemple le jour de l'entrée en possession s'il s'agit d'une prescription acquisitive; préciser l'heure eût été presque toujours impossible. D'ailleurs, le délai de la prescription est assez long pour qu'on ne le calcule pas à une heure près.

Le principe posé par l'art. 2260 engendre une double conséquence.

La première est formulée par l'art. 2261 : « *Elle* (la prescription) » *est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli* ». Il ne suffit donc pas que le dernier jour du terme, *dies ad quem,* soit commencé; il faut qu'il soit terminé.

Quant à la deuxième conséquence, la loi l'a sous-entendue, laissant à l'interprète le soin de la déduire. On peut la formuler ainsi : le jour pendant le cours duquel se place le point de départ de la prescription, *dies a quo,* ne doit pas être compté dans le calcul du délai. Ainsi je suis entré en possession d'un immeuble le 15 janvier à midi; le premier jour utile pour la prescription, le premier qui comptera sera le lendemain, 16 janvier. On ne tiendra pas compte du 15, parce que ce jour-là je n'ai possédé que pendant douze heures, soit une demi-journée, et la loi ne veut pas qu'on compte les fractions de jours, mais seulement les jours complets, puisqu'elle dit que la prescription se compte *par jours.*

Il reste à dire pourquoi le législateur a exprimé l'une des déductions de son principe et sous-entendu l'autre.

Sur le premier point, des doutes auraient pu s'élever à raison des dispositions de notre ancien droit, qui établissait la distinction suivante : il faut que le *dies ad quem* soit accompli, s'il s'agit d'une prescription extinctive ; il suffit qu'il soit commencé, s'il s'agit d'une prescription acquisitive. Distinction plus subtile que juste ;

notre législateur, qui voulait la proscrire, a cru devoir s'en expliquer formellement.

Au contraire, on admettait sans difficulté dans notre ancien droit que le premier jour du terme, *dies a quo*, ne comptait pas dans le calcul du délai de la prescription ; aussi le législateur a-t-il cru pouvoir se borner à poser le principe, d'où cette proposition découle, sans l'exprimer d'une manière formelle.

Donnons, pour terminer, un exemple qui résumera ce que nous venons de dire. Je me suis emparé sans titre d'un immeuble le 15 janvier 1870 ; la seule prescription possible à mon profit est donc la prescription de trente ans. Quand sera-t-elle accomplie ? A la dernière minute de la dernière heure du 15 janvier 1900, c'est-à-dire à l'heure de minuit où finira le 15 janvier 1900 et où commencera le 16. On ne compte pas le *dies a quo,* 15 janvier 1870 ; le premier jour utile est donc le 16, et, pour qu'il y ait trente ans révolus, il faut évidemment comprendre dans le délai le 15 janvier 1900 tout entier.

1681. Le calendrier grégorien sert de base au calcul de la prescription. Les mois se comptent de quantième à quantième, sans égard au nombre de jours dont ils se composent : ce qui s'applique au mois de février comme aux autres, que l'année soit ou non bissextile.

Les jours fériés comptent comme les autres dans le calcul du délai de la prescription. Cette règle s'applique, même lorsque le dernier jour du délai se trouve être un jour férié ; la prescription ne pourrait pas être interrompue le lendemain.

On sait que le calendrier en vigueur à l'époque de la confection du code civil était le calendrier républicain. La loi, qui ordonne la réunion en un seul corps des trente-six lois dont ce code se compose, porte la date significative du 30 *ventôse de l'an XII.* C'était donc d'après le calendrier républicain que devait se faire le calcul du délai des prescriptions établies par le code civil. Cela posé, il y avait certains points de détail à régler à ce sujet. Le législateur l'avait fait dans l'art. 2261, ainsi conçu : » *Dans les prescriptions qui s'accomplissent dans un certain nombre de jours, les* » *jours complémentaires sont comptés. — Dans celles qui s'accomplissent par mois,* » *celui de fructidor comprend les jours complémentaires* ».

Un sénatus-consulte du 22 fructidor de l'an XIII décida que le calendrier grégorien serait rétabli à partir du 1er janvier 1806. Résultait-il de cette substitution que le délai de la prescription devait se calculer désormais d'après le nouveau calendrier ? On pouvait en douter ; car les termes du sénatus-consulte ne manifestaient pas cette intention. Il n'était pas inutile que le législateur s'expliquât ; il ne tarda pas à le faire. En 1807, le gouvernement impérial soumit au corps législatif une nouvelle édition du code civil, qui fut décrétée le 3 septembre de cette même année. Or, dans cette nouvelle édition, l'art. 2261 fut supprimé, et, pour ne pas changer l'ordre des numéros des articles, on dédoubla l'art. 2260, dont la deuxième partie est devenue le nouvel art. 2261. De tout cela il résulte que le pouvoir législatif d'alors a implicitement substitué le calendrier grégorien au calendrier républicain *pour le calcul du délai de la prescription.* Mais nous ne croyons pas qu'il faille donner une portée plus grande à cette innovation ; à notre avis, elle doit se restreindre au domaine de la prescription en vue de laquelle elle a été établie, et ne pas être étendue au calcul des délais étrangers à la matière de la prescription. Arg. art. 132 al. 2 C. co. Ainsi nous avons enseigné (t. I, n. 657) que le délai de dix mois de l'art. 228 doit être calculé d'après le calendrier républicain. Voyez aussi *supra,* n. 1472.

SECTION II

DE LA PRESCRIPTION TRENTENAIRE

1682. Aux termes de l'art. 2262 : « *Toutes les actions, tant réelles* » *que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui* » *allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on* » *puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi* ».

Voilà un des articles du code civil le plus souvent cités à l'Ecole et au Palais ; il contient en effet le droit commun de la matière. Nous le paraphrasons de la manière suivante : — Tous les droits en principe sont susceptibles de se prescrire ; — La prescription s'accomplit par trente ans, à moins que la loi n'ait fixé un délai plus court ; — La prescription trentenaire n'exige ni titre ni bonne foi.

Nous allons examiner successivement et développer ces trois propositions.

1683. Première proposition. Tous les droits sont en principe prescriptibles. — Le mot *actions* est pris dans l'art. 2262 comme synonyme de *droits*.

* L'action en revendication elle-même se prescrit par trente ans ; les travaux préparatoires sont formels en ce sens. Il en est ainsi alors même que celui qui possède actuellement le bien n'en serait pas, pour une cause quelconque, devenu propriétaire par la prescription, par exemple si c'est une société qui n'a pas la personnalité civile et qui par suite n'a pas d'existence légale. Cette proposition n'est pas contraire à celle que nous avons formulée plus haut (n. 1581), à savoir : que le droit de propriété ne peut pas se perdre par le seul effet du temps. En pareil cas, le propriétaire aura conservé son droit de propriété, mais il n'aura plus l'action en revendication qui en est la sanction. Son droit de propriété ne sera pas pour cela nécessairement inutile. Notamment le propriétaire, qui aurait réussi à recouvrer la possession de son bien, pourra invoquer son droit de propriété pour se faire maintenir en possession, par exemple pour se défendre contre l'Etat qui réclamerait le bien comme vacant et sans maître (art. 713).

La règle, à raison de sa généralité, nous paraît s'appliquer aussi aux instances ; en d'autres termes, une instance judiciaire s'éteint par la discontinuation des poursuites pendant trente ans. On sait qu'elle peut s'éteindre par la péremption bien avant l'expiration de ce délai ; mais la péremption n'a pas lieu de plein droit, il faut qu'elle soit demandée ; la prescription trentenaire conserve donc son utilité, pour le cas où la péremption n'a pas rempli son office. On a soutenu, tout à fait sans fondement, à notre avis, que les instances sont imprescriptibles.

Il y a cependant des exceptions à notre première règle : ainsi les droits relatifs à l'état des personnes ne peuvent ni s'acquérir ni se perdre par la prescription (art. 328).

1684. Deuxième proposition. Le délai de la prescription est en principe de trente années.

Cette règle, dans sa généralité, s'applique à la prescription soit acquisitive, soit extinctive.

Elle reçoit de nombreuses exceptions en vertu de dispositions légis-

latives, qui réduisent la durée du délai de la prescription; en aucun cas, la loi ne lui assigne une durée plus longue que trente années.

1685. Troisième proposition. La prescription trentenaire n'exige ni titre ni bonne foi.

Elle n'exige pas de titre. Cette proposition n'a pu être écrite dans l'art. 2262 qu'en vue de la prescription acquisitive, le titre n'étant jamais requis pour la prescription extinctive. Ainsi l'usurpateur peut prescrire par trente ans; le voleur lui-même peut bénéficier de cette prescription.

Elle n'exige pas non plus la bonne foi, et cela s'applique soit à la prescription acquisitive, soit à la prescription extinctive : la bonne foi n'est pas plus nécessaire au *possesseur,* qui invoque cette prescription à l'effet d'acquérir, qu'au *débiteur,* qui l'invoque à l'effet de se libérer.

Le possesseur est de mauvaise foi, lorsqu'il a su dès le début que le bien par lui détenu appartenait à autrui. Ainsi j'achète un bien de quelqu'un que je sais n'en être pas propriétaire : j'ai donc un titre; mais je n'ai pas la bonne foi. Je pourrai prescrire par trente ans. L'usurpateur le peut bien, lui qui n'a ni titre ni bonne foi !

Le *débiteur* est de mauvaise foi, lorsqu'il sait parfaitement qu'il n'a pas payé sa dette. Si néanmoins il invoque la prescription trentenaire, il n'aura pas à craindre de se voir *opposer l'exception déduite de sa mauvaise foi.* Le créancier ne pourra donc pas demander à prouver la mauvaise foi du débiteur, ni lui déférer le serment sur le point de savoir s'il a payé sa dette. Le débiteur peut dire hautement qu'il n'a pas payé, sans perdre pour cela le bénéfice de la prescription qu'il invoque; alors à quoi bon prouver sa mauvaise foi? *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

1686. Titre nouvel. — « *Après vingt-huit ans de la date du der-* » *nier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à* » *ses frais un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants cause* » (art. 2263).

Les arrérages d'une rente se distinguent de la rente elle-même, comme les fruits se distinguent du fonds de terre qui leur donne naissance. La rente est le droit, le *nomen juris,* le capital dont les arrérages sont le produit.

Les arrérages d'une rente soit perpétuelle, soit viagère se prescrivent par cinq ans (art. 2277). Le crédirentier peut donc se voir opposer la prescription pour tous les arrérages remontant à plus de cinq années, si durant cet intervalle il n'a pas fait le nécessaire pour interrompre la prescription.

Quant à la rente elle-même, *nomen juris,* qui permet au créancier de demander périodiquement le paiement des arrérages, elle est pres-

criptible également, mais seulement par trente ans d'après l'art. 2262, la loi n'ayant pas ici fixé de délai plus court. On s'accorde, soit en jurisprudence, soit en doctrine, sauf quelques dissentiments isolés, pour reconnaître que les trente ans courent à compter de la date du titre constitutif de la rente, et non à dater de la première échéance des arrérages; car le droit est né au profit du crédirentier dès que la rente est créée, et d'ailleurs les arrérages échoient civilement jour par jour.

Cela posé, chaque paiement d'arrérages, qu'effectue le débirentier, interrompt la prescription de la rente; car il contient de sa part une reconnaissance du droit du crédirentier (art. 2248). Si donc, après trente ans, le débirentier refuse de continuer le service des arrérages, alléguant que la rente est éteinte par la prescription, il suffira au crédirentier de prouver que les arrérages ont été payés, pour échapper à la prescription qu'on lui oppose. Mais comment fera-t-il cette preuve ? Les quittances constatant le paiement des arrérages sont entre les mains du débiteur, qui se gardera bien de fournir une arme contre lui en les produisant! Il soutiendra que, pendant les trente années qui se sont écoulées depuis la création de la rente, il n'a payé aucuns arrérages, et le crédirentier succombera devant cette injuste allégation à raison de l'impossibilité où il se trouvera d'en démontrer la fausseté. Il y avait là un danger sérieux pour le crédirentier. Mais rien ne lui est plus facile que de le prévoir à l'avance, et notre article lui fournit les moyens de le conjurer. Lorsqu'il se sera écoulé vingt-huit ans depuis la date du titre constitutif de la rente, deux ans par conséquent avant l'époque fixée pour l'accomplissement de la prescription, le crédirentier pourra exiger par les voies de droit que le débirentier lui fournisse à ses frais un *titre nouvel.* Ce titre contenant une reconnaissance de la rente, lui assurera une nouvelle durée de trente années. Quand il aura lui-même vingt-huit ans de date, le crédirentier pourra en exiger un troisième, et ainsi de suite, de sorte qu'à l'aide de renouvellements successifs, opérés conformément aux prescriptions de l'art. 2263, le crédirentier se mettra perpétuellement à l'abri des conséquences de la mauvaise foi du débirentier ou de ses ayant cause.

L'art. 2263 est applicable aux rentes viagères comme aux rentes perpétuelles; car il ne distingue pas. *Et alias eadem est ratio.*

1687. Disposition inutile. — « *Les règles de la prescription sur* » *d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre, sont expli-* » *quées dans les titres qui leur sont propres* » (art. 2264).

La place qu'occupe ce texte, dans le chapitre intitulé *Du temps requis pour prescrire,* pourrait donner à penser qu'il n'a été écrit qu'en vue du délai de la prescription. Il signifierait alors : « Les prescriptions réglées en dehors du présent titre ne sont pas soumises à la règle du délai de trente années, lorsque la loi dit qu'elles

s'accompliront par un délai plus court » : disposition qui ne serait pas seulement inutile, mais naïve à force d'évidence.

Faut-il alors, pour donner un sens à l'article, l'entendre comme signifiant : « Les règles formulées dans le présent titre sont inapplicables aux prescriptions que le législateur établit ailleurs »? Cette interprétation n'est pas proposable; car il en résulterait notamment que ces diverses prescriptions ne sont pas soumises aux règles sur l'interruption : ce qui est bien évidemment inadmissible.

Alors qu'a donc voulu dire la loi? Il faut l'entendre en ce sens que le titre *De la prescription* contient les règles du droit commun de la matière, que par conséquent ces règles sont applicables même aux prescriptions établies en dehors de ce titre, mais bien entendu sauf les dérogations résultant des dispositions spéciales qui organisent ces prescriptions. On peut voir une dérogation de ce genre dans l'art. 966, duquel il résulte que la prescription, qui court au profit d'un donataire dont le titre a été révoqué par la survenance d'un enfant au donateur, est interrompue par la naissance d'un nouvel enfant du donateur. Ainsi entendu, il est vrai, l'art. 2264 ne présente guère d'utilité ; car il en aurait été précisément de même, si le législateur n'avait rien dit. Mais mieux vaut après tout prêter au législateur une inutilité qu'une naïveté ou une absurdité.

SECTION III

DE LA PRESCRIPTION PAR DIX ET VINGT ANS

1688. Le délai de la prescription des immeubles est considérablement abrégé au profit du possesseur qui a juste titre et bonne foi. Sa situation en effet est alors particulièrement intéressante, parce qu'il a cru devenir propriétaire et que son erreur a été invincible. L'art. 2265 dit à ce sujet : « *Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un » immeuble, en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour royale dans l'étendue de laquelle » l'immeuble est situé; et par vingt ans, s'il est domicilié hors dudit » ressort* ».

La prescription qui va nous occuper est quelquefois appelée *décennale*. La loi l'appelle *prescription de dix* ET *vingt ans*. Il serait plus exact de dire, comme on le fait généralement dans la doctrine, *prescription de dix* A *vingt ans*; car, ainsi qu'on le verra plus loin, cette prescription peut s'accomplir, soit par dix ans, soit par vingt ans, soit par un délai variant à l'infini entre ces deux limites extrêmes.

1689. Programme. — A quels biens s'applique la prescription de dix à vingt ans ? Quelles sont les conditions requises pour cette prescription ? Quelle est la durée du délai par lequel elle s'accomplit ? Enfin quels sont ses effets ? Telles sont les questions à examiner ; nous en ferons l'objet d'autant de paragraphes.

§ I. *A quels biens s'applique la prescription de dix à vingt ans.*

1690. La prescription trentenaire forme le droit commun. La prescription décennale est donc une exception à ce droit commun ; par

conséquent les textes qui l'organisent sont de stricte interprétation. Or la loi dit : « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre *un immeuble...* ». La prescription dont il s'agit ne peut donc s'appliquer qu'à un immeuble déterminé : ce qui exclut la possibilité de cette prescription pour les *meubles* et pour les *universalités comprenant des immeubles.*

Pour les meubles, de quelque nature qu'ils soient. Proposition qui n'offre d'intérêt qu'en ce qui concerne les meubles incorporels, et les meubles quelconques dépendant d'une universalité; car, en ce qui regarde les meubles corporels envisagés comme objets particuliers, le possesseur qui a juste titre et bonne foi peut invoquer une disposition bien autrement avantageuse que celle qui organise la prescription de dix à vingt ans : la règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* qui lui permet de se dire immédiatement propriétaire, sans qu'il soit nécessaire que sa possession se soit prolongée pendant un certain temps.

Pour les universalités comprenant des immeubles. Ainsi je vous vends une succession immobilière, à laquelle vous me croyez appelé et qui ne m'appartient pas. Bien que vous ayez juste titre et bonne foi, vous ne pourrez pas prescrire par dix à vingt ans les immeubles dépendant de cette succession, mais seulement par trente ans.

L'usufruit d'un bien immobilier est un immeuble (art. 526); il est donc susceptible d'être acquis par la prescription de dix à vingt ans (t. I, n. 1310). Même solution pour les droits d'usage et d'habitation portant sur un immeuble.

§ II. *Conditions requises pour la prescription de dix à vingt ans.*

1691. Outre la possession, qui doit ici comme ailleurs réunir les caractères définis par l'art. 2229, la loi exige pour la prescription de dix à vingt ans deux conditions spéciales, le juste titre et la bonne foi (art. 2265).

1. *Juste titre,* justa causa.

1692. Le mot *titre* désigne ici la *cause* de la possession, c'est-à-dire le fait juridique, par exemple la vente, servant de base à la possession, et non l'écrit, *instrumentum,* qui constate ce fait juridique. En un mot, c'est du titre d'acquisition qu'il s'agit.

Le titre doit être *juste, secundum jus.* Il présente ce caractère, lorsqu'il est par sa nature même translatif de propriété, *ad transferendum dominium idoneus;* de sorte que, si celui dont le titre émane eût été propriétaire et capable d'aliéner, la propriété aurait été transmise à l'acquéreur, et il n'aurait pas besoin d'invoquer aujourd'hui la prescription.

Le juste titre le plus usuel est la vente. L'échange, la dation en paiement, la donation, le legs sont aussi des justes titres: mais non le bail, le prêt, le dépôt et tous autres contrats non translatifs de propriété par leur nature.

Le titre d'héritier n'est pas un juste titre. L'héritier a tous les

droits de son auteur, mais n'en a pas davantage ; il acquiert donc la possession telle que l'avait le défunt, avec ses qualités et ses vices. Au point de vue du droit, la personne de l'héritier ne se distingue pas de celle du défunt ; si donc le défunt possédait sans titre, l'héritier continuera de posséder dans les mêmes conditions, et par conséquent il ne pourra pas prescrire par dix à vingt ans.

Le partage, qui déclare la propriété sans la transférer, ne rentre pas dans la définition que nous avons donnée du juste titre. Mais le fait juridique, qui a donné naissance à l'indivision, peut constituer un juste titre. Tel est le cas où le gérant d'une société achète un immeuble pour le compte de la société : si le vendeur n'est pas propriétaire, la vente constituera un juste titre, et l'associé, dans le lot duquel l'immeuble sera mis plus tard par le partage, pourra l'invoquer comme base de la prescription de dix à vingt ans.

La cour de cassation a fait une application fort intéressante de ces principes dans l'espèce suivante. Un père, possesseur de mauvaise foi d'un immeuble, l'avait donné en avancement d'hoirie à son fils, lequel l'avait reçu de bonne foi ; après la mort du donateur, l'enfant rapporta l'immeuble à la succession paternelle, et cet immeuble fut mis dans son lot par le partage ; c'est alors que le propriétaire intenta l'action en revendication ; l'enfant, qui était en possession depuis plus de dix ans, opposa la prescription décennale. Etait-il dans son droit? La cour de cassation a résolu la question négativement. Il est vrai que le possesseur actuel de l'immeuble l'avait reçu à titre de donation, et la donation est un juste titre ; mais la donation avait été résolue par l'effet du rapport, et par suite rétroactivement anéantie. Que restait-il donc? C'est que l'enfant détenait l'immeuble en qualité d'héritier, et en vertu du partage qui l'avait mis dans son lot ; or le titre d'héritier et le partage, nous venons de le dire, ne sont pas des justes titres ; donc il ne pouvait pas invoquer la prescription décennale, qui suppose nécessairement un juste titre.

Les jugements ne constituent pas non plus en règle générale des justes titres ; car ils sont déclaratifs, et non translatifs de droits. Il y a exception cependant pour les jugements d'adjudication, du moins pour ceux qui transfèrent la propriété.

Celui qui possède au delà de son titre doit être considéré comme sans titre pour tout ce qui n'est pas compris dans son titre. Ainsi j'achète un domaine ; pendant le temps requis par l'art. 2265, je possède, outre les terres dépendant de ce domaine, des terres voisines, que je crois comprises dans mon acquisition ; je ne pourrai pas opposer la prescription décennale au propriétaire de ces terres, parce que je les ai possédées sans titre.

1693. Aux termes de l'art. 2267 : « *Le titre nul par défaut de forme, » ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans* ». Il y a des actes juridiques dont la validité, disons mieux, l'existence, est subordonnée à des conditions de forme, *format dat esse rei;* on les appelle *solennels*. Telle est la donation. Faits en toute autre forme que celle prescrite par la loi, ces actes n'ont pas d'existence juridique ; il est donc tout simple qu'ils ne puissent pas servir de base à

la prescription de dix à vingt ans, car cette prescription exige un titre.

Ce que la loi dit des actes inexistants pour défaut de forme doit être appliqué, à notre avis, à tous les actes inexistants pour une cause quelconque. La raison est toujours la même : il faut un titre pour prescrire par dix à vingt ans, et celui qui n'a qu'un titre inexistant n'a pas de titre. Ainsi une donation, entachée de substitution prohibée, ne peut pas former un juste titre pour la prescription décennale. Cpr. t. II, n. 687.

Mais nous croyons qu'il ne faut pas étendre la disposition de l'art. 2267 aux titres simplement nuls ou annulables, la nullité résultât-elle d'un vice de forme, comme il arriverait par exemple à l'égard d'une vente faite pour le compte d'un mineur sans l'accomplissement des formalités légales. Le tiers, auquel serait opposée la prescription fondée sur un titre de cette nature, ne serait pas recevable à contester à ce point de vue l'efficacité du titre en demandant à en faire prononcer la nullité.

1694. Le titre soumis à une condition résolutoire forme un juste titre; mais il cesse d'avoir ce caractère à dater du jour où la condition résolutoire s'est réalisée; car alors le titre est censé n'avoir jamais existé.

C'est l'inverse pour le titre dont l'existence est subordonnée à une condition suspensive; il ne peut être invoqué pour la prescription de dix à vingt ans qu'à partir de la réalisation de la condition.

1695. Dans les cas où le titre d'acquisition du possesseur est soumis à la transcription, l'accomplissement de cette formalité n'est pas nécessaire pour qu'il puisse prescrire la propriété par dix à vingt ans. La loi exige un juste titre, elle n'exige pas un titre transcrit. D'ailleurs le juste titre n'a été requis que comme base de la bonne foi du possesseur, et à ce point de vue il importe peu que le titre soit ou non transcrit. Enfin la transcription a été prescrite dans l'intérêt des *tiers* (arg. art. 3 et 6 de la loi du 23 mars 1855) et non dans l'intérêt du propriétaire; celui-ci ne peut donc se prévaloir de l'inaccomplissement de cette formalité. En ce sens, Montpellier, 8 novembre 1881, Sir., 84. 2. 169. Nous savons qu'il en est autrement pour la prescription de l'hypothèque. Voyez art. 2180 *in fine*.

1696. Preuve du juste titre. — Le possesseur, qui invoque la prescription de dix à vingt ans, est admis à prouver, d'après les règles du droit commun, l'existence du titre qu'il invoque à l'appui de cette prescription. Par exemple, s'il s'agit d'une vente, il pourra en faire la preuve par un acte sous seing privé. Mais, bien entendu, un acte de cette nature ne serait opposable au propriétaire qu'à dater du jour où il a acquis date certaine par l'un des moyens indiqués en l'art. 1328.

2. *De la bonne foi.*

1697. La bonne foi consiste ici dans la légitime croyance du possesseur que son titre l'a rendu propriétaire, *justa opinio quæsiti dominii;* or il a cette croyance légitime, par cela seul qu'il a pensé traiter avec le véritable propriétaire. Ainsi j'achète un immeuble de quelqu'un que je crois propriétaire et qui ne l'est pas, *a non domino quem dominum esse credideram.* J'ai la bonne foi requise par l'art. 2265 pour la prescription de dix à vingt ans.

Cette condition suffit, à notre avis; il n'est pas nécessaire en outre, comme le veulent quelques auteurs, que le possesseur ait cru son titre à l'abri de toute attaque de la part de celui-là même dont il émane. Ainsi j'achète d'une femme mariée non autorisée un immeuble qui ne lui appartient pas. Il y a donc deux vices dans mon

titre d'acquisition : le premier, qui est le plus grave, consistant dans l'absence du droit de propriété chez l'aliénateur ; le deuxième, résultant de son incapacité. J'ai eu connaissance, on le suppose, de ce dernier vice lors de mon acquisition ; je savais parfaitement alors que je traitais avec une femme mariée non autorisée ; mais j'ai ignoré le premier, j'ai cru la femme propriétaire de l'immeuble qu'elle me vendait. Je suis de bonne foi dans le sens de l'art. 2265, et par suite je puis prescrire par dix à vingt ans. En un mot, il faut et il suffit que, lors de son acquisition, le possesseur ait cru le titre de son auteur inattaquable ; il n'est pas nécessaire en outre qu'il ait cru son propre titre inattaquable également. En effet le vice, que l'usucapion doit ici purger, est celui résultant du défaut de propriété chez l'auteur du titre ; c'est donc ce vice que le possesseur doit avoir ignoré, pour jouir de la faveur d'une prescription abrégée. Qu'importe que son titre présentât d'autres vices et qu'il les ait connus, puisque la prescription qu'il invoque n'a pas pour objet de les réparer ?

1698. Preuve de la bonne foi. Aux termes de l'art. 2268 : « *La » bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise » foi à la prouver* ».

Comment se fera la preuve de la mauvaise foi? D'après les règles du droit commun, puisque la loi n'y a pas dérogé ; or elles autorisent ici l'usage de la preuve testimoniale ; car il a été impossible à celui qui allègue la mauvaise foi de s'en procurer une preuve écrite (arg. art. 1348). Par cela même, les présomptions seront également admissibles (arg. art. 1353).

1699. A quel moment doit exister la bonne foi. — « *Il suffit » que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition* », dit l'art. 2269. Si donc la bonne foi du possesseur vient à cesser, ce qui arrive s'il apprend que son auteur n'était pas propriétaire et n'a pu par suite lui transmettre la propriété, il conservera néanmoins le droit de prescrire par dix à vingt ans ; *mala fides superveniens usucapionem non impedit.* La découverte, que fait le possesseur après son acquisition du vice de son titre, est un accident, qui ne doit pas influer sur la durée de la prescription. C'était la règle admise dans nos anciens pays de droit écrit, qui l'avaient empruntée au droit romain. En pays de coutume, on suivait les inspirations d'une morale plus sévère ; on exigeait que la bonne foi du possesseur eût persisté pendant toute la durée de sa possession, pour qu'il pût prescrire par dix à vingt ans.

Ainsi donc, il faut et il suffit que la bonne foi ait existé *au moment de l'acquisition.* Entendez : au moment où le possesseur aurait acquis la propriété, si son auteur eût été propriétaire.

Par conséquent, si le juste titre consiste dans un acte entre vifs, tel que vente, échange, donation, la bonne foi devra exister au moment où le contrat est devenu parfait par le consentement des parties, exprimé, s'il y a lieu, dans les formes prescrites par la loi ; c'est en effet à ce moment que la translation de propriété s'opère, quand elle est possible, l'aliénateur étant propriétaire. Arg. art. 711, 938, 1138 et 1583.

Au contraire, si le juste titre est une donation testamentaire, la bonne foi du légataire devra exister au moment de la mort du testateur (du moins en supposant un legs pur et simple); car c'est à cet instant que la translation de la propriété s'accomplit au profit du légataire, quand le testateur est propriétaire (arg. art. 711 et 1014). Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de prendre en considération, comme le font quelques auteurs, l'époque de l'acceptation du legs; le légataire devient propriétaire indépendamment de cette acceptation, qui ne fait que rendre irrévocable la translation de propriété, opérée en vertu des seules dispositions de la loi.

1700. Observation. — Dans notre ancien droit, le juste titre n'était requis pour la prescription de dix à vingt ans que comme un élément, une qualité, si l'on peut ainsi dire, de la bonne foi. Il ne suffisait pas, disait-on, que le possesseur ait cru devenir propriétaire, il faut qu'il ait eu juste sujet de le croire, il faut que l'erreur dans laquelle il est tombé soit excusable, invincible même, et cette condition ne se trouve réalisée que lorsque la croyance du possesseur, sa bonne foi est basée sur un juste titre.

On avait été ainsi conduit à admettre que le titre *putatif* pouvait, suivant les circonstances, équivaloir à un titre réel. Le titre putatif est celui qui n'existe que dans la pensée du possesseur : il croit avoir un titre, et il n'en a pas en réalité. On peut citer comme exemple un legs contenu dans un testament révoqué par un codicille, dont l'existence, ignorée du possesseur, n'a été découverte qu'un certain temps après la mort du testateur.

Cette théorie du titre putatif n'est plus admissible sous l'empire du code civil, qui exige le juste titre comme une condition distincte de la bonne foi. Argument des mots « *de bonne foi et par juste titre* » de l'art. 2265. En un mot, notre loi n'exige pas seulement la bonne foi soutenue par un juste titre, elle exige davantage : la bonne foi, plus un juste titre. Un simulacre de titre ne peut donc suffire : ce qui exclut le titre putatif, qui est un titre fictif.

§ III. *Durée du délai de la prescription de dix à vingt ans.*

1701. La loi dit que la prescription s'accomplit « *par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la Cour royale dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé; et par vingt ans, s'il est domicilié hors dudit ressort* ».

Ainsi donc il faut considérer, d'une part la situation de l'immeuble à prescrire, et de l'autre la résidence du vrai propriétaire. La prescription s'accomplira par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel de la situation de l'immeuble, par vingt ans s'il habite en dehors dudit ressort. Dans le premier cas, on dit que la prescription court *entre présents,* dans le deuxième, *entre absents.*

Il en était autrement en droit romain et dans notre ancien droit français. On considérait, pour déterminer la durée du délai de la prescription, d'une part le domicile du possesseur, et d'autre part le domicile du propriétaire de l'immeuble : la prescription courait *entre présents,* s'ils demeuraient l'un et l'autre dans la même zone *(dans la même province* d'après le droit romain, *dans le même bailliage* d'après notre ancien droit français), *entre absents,* dans le cas contraire. Nous pouvons remarquer en passant que les expressions *entre présents, entre absents* étaient exactes dans ce système; elles ont cessé de l'être, et la doctrine les a conservées néanmoins, dans le système du code civil, qui envisage la situation du propriétaire

par rapport à l'immeuble que l'on prescrit contre lui et non par rapport à celui au profit duquel la prescription court, substituant ainsi à une relation entre les personnes qui sont en jeu dans la prescription, une relation entre l'une d'elles et la chose à prescrire, entre le propriétaire et la propriété.

Il reste à dire pourquoi le législateur s'est écarté ici de la tradition qu'il suit ordinairement. L'orateur du gouvernement va nous l'expliquer : « Le but que l'on se propose est de donner à celui qui possède une plus grande faveur en raison de la négligence du propriétaire, et cette faute est regardée comme plus grande s'il est présent. Mais ceux qui ne se sont attachés qu'à la présence du propriétaire et du possesseur dans un même lieu ou dans un lieu voisin n'ont pas songé que les actes possessoires se font sur l'héritage même. C'est donc par la distance à laquelle le propriétaire se trouve de l'héritage qu'il est plus ou moins à portée de se maintenir en possession; il ne saurait le plus souvent retirer aucune instruction du voisinage du nouveau possesseur. Ces lois ont été faites dans des temps où l'usage le plus général était que chacun vécût auprès de ses propriétés. Cette règle a dû changer avec nos mœurs, et le vœu de la loi sera rempli en ne regardant le véritable propriétaire comme présent que lorsqu'il *habitera* dans le ressort du tribunal où l'immeuble est situé ».

1702. Nous avons souligné, dans la dernière phrase que nous venons de transcrire, le mot *habitera*. Il prouve en effet que, dans la pensée de l'orateur du gouvernement, c'est à la *résidence* du propriétaire, et non à son domicile, qu'il faut avoir égard pour résoudre la question de savoir si la prescription court entre présents ou entre absents. La tradition d'ailleurs est en ce sens. Pothier dit au n. 107 de son traité *De la prescription* : « Pour que le temps de la prescription soit censé courir entre présents, il suffit que tant le possesseur qui prescrit que le propriétaire contre qui on prescrit aient leur *domicile de fait et de résidence* dans le même bailliage, si l'un ou l'autre n'y avait pas sa *demeure actuelle* ».

Cette double autorité suffit, à notre avis, pour trancher le doute résultant des expressions indécises de l'art. 2265, qui paraît s'attacher d'abord à la *résidence* du véritable propriétaire (argument du mot *habite*) et ensuite à son domicile (argument des mots *est domicilié*), pour résoudre la question de savoir si la prescription doit s'accomplir par dix ou vingt années. Evidemment le législateur a pris ici le mot *domicile* dans le sens que lui donnait Pothier : *domicile de fait et de résidence*. Quelques auteurs ont soutenu cependant qu'il fallait s'attacher au domicile réel.

1703. L'art. 2266 résout en fort mauvais termes une question qu'il était utile de prévoir. Le véritable propriétaire a résidé successivement dans le ressort de la cour d'appel de la situation de l'immeuble et en dehors dudit ressort; en un mot, il a été *présent* pendant un certain temps, *absent* pendant le reste du temps. On appliquera distributivement, pour fixer la durée du temps nécessaire à la prescription, les règles de la présence et celles de l'absence. Or, d'après le système de la loi, il faut deux années d'absence pour équivaloir à une année de présence, puisque la prescription s'accomplit par vingt ans contre un propriétaire absent et par dix ans seulement contre un propriétaire présent. Donc, pour compléter une prescription commencée entre présents, il faudra ajouter au temps écoulé un nombre d'années d'absence double de celui qui restait à courir pour parfaire la prescription de dix ans; et réciproquement, pour compléter une prescrip-

tion commencée entre absents, il suffira d'ajouter au temps écoulé un nombre d'années de présence égal à la moitié de celui qui restait à courir pour parfaire la prescription de vingt ans.

En d'autres termes, la prescription sera accomplie, lorsqu'il se sera écoulé un nombre d'années égal à 10, en comptant les années de présence pour 1 et les années d'absence pour 1/2; ou, ce qui revient au même, la prescription sera accomplie, lorsqu'il se sera écoulé un délai égal à vingt ans, en comptant chaque année d'absence pour une unité et chaque année de présence pour deux unités.

Ainsi je possède un immeuble avec juste titre et bonne foi; pendant les huit premières années, le propriétaire a résidé d'une manière continue dans le ressort de la cour d'appel où l'immeuble est situé, par conséquent la prescription a couru entre présents; à dater de ce moment, le propriétaire change de résidence, il va habiter dans le ressort d'une autre cour d'appel, la prescription court donc désormais entre absents. Après combien de temps la prescription sera-t-elle accomplie à mon profit? Au bout de quatre années; il faut en effet quatre années d'absence pour équivaloir aux deux années de présence, qui restent à courir pour parfaire la prescription de dix ans, Dans notre espèce, il aura fallu douze ans au total (8 + 4) pour parfaire la prescription.

§ IV. *Effets de la prescription de dix à vingt ans.*

1704. La prescription de dix à vingt ans fait acquérir au possesseur la propriété de l'immeuble auquel elle s'applique (argument de ces mots de l'art. 2265 : *en prescrit la propriété*). Celui au profit duquel cette prescription s'est accomplie peut donc, non seulement s'en prévaloir comme d'un moyen de défense, ou *exception péremptoire*, pour repousser l'action en revendication du propriétaire, mais aussi l'invoquer pour triompher dans une action en revendication contre un tiers possesseur.

On pourrait être tenté de croire, en comparant l'art. 2262 avec l'art. 2265, que la prescription de trente ans ne produit pas un effet aussi puissant, qu'elle fournit seulement un moyen de défense, une *exception* contre l'action en revendication du propriétaire, mais non un moyen d'attaque, une *action* pour réclamer le bien contre un tiers détenteur qui le possède. Telle n'a certainement pas été la pensée du législateur. Il a toujours été admis dans notre ancien droit que la prescription trentenaire faisait acquérir la propriété, et rien ne permet de supposer que notre législateur ait voulu s'écarter de cette tradition. Bien au contraire, le léger doute, que l'art. 2262 pourrait permettre de concevoir à ce sujet, est levé par les art. 712 et 2219, qui nous

présentent dans les termes les plus généraux la prescription comme un moyen d'acquérir la propriété, sans distinguer entre la prescription trentenaire et la prescription décennale. L'ambiguïté, que présente l'art. 2262, tient à ce que ce texte a voulu comprendre dans une même formule la prescription acquisitive et la prescription libératoire.

1705. Nous nous sommes expliqué ailleurs sur deux questions importantes que beaucoup d'auteurs traitent ici : — 1° Peut-on acquérir par la prescription de dix à vingt ans une servitude continue et apparente ? — 2° La prescription de dix à vingt ans a-t-elle pour résultat d'affranchir l'immeuble auquel elle s'applique des servitudes dont il était grevé, lorsque ledit immeuble a été acquis et possédé comme libre de toutes charges ? Voyez sur le premier point t. I, n. 1565, sur le deuxième, t. I, n. 1578.

SECTION IV

DE QUELQUES PRESCRIPTIONS PARTICULIÈRES

1706. La doctrine désigne les diverses prescriptions, dont le législateur s'occupe dans cette section, sous le nom de *courtes prescriptions*. La plus longue est de cinq ans, la plus brève, de six mois. On les appelait autrefois prescriptions *statutaires,* parce qu'elles étaient établies par un statut local ou par une ordonnance particulière.

Nous traiterons dans un premier paragraphe de la prescription de six mois (art. 2271), de celle d'un an (art. 2272) et de celle de deux ans (art. 2273), que nous réunissons parce qu'elles ont quelques règles communes écrites dans les art. 2274 et 2275. Un deuxième paragraphe sera consacré à la prescription de cinq ans (art. 2276-2277); un troisième, à la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279-2280); un quatrième, à l'art. 2278 qui contient une règle commune à toutes les prescriptions de la section, et enfin un dernier, à la disposition transitoire de l'art. 2281.

Toutes les prescriptions, dont nous allons nous occuper, constituent des exceptions au droit commun, d'après lequel la prescription s'accomplit par trente ans (art. 2262). Les textes, qui établissent ces prescriptions spéciales, doivent donc recevoir l'interprétation restrictive, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Nous mettrons souvent cette observation à profit dans le cours de cette étude.

§ I. *Prescriptions de six mois, d'un an et de deux ans.*

N° 1. Prescription de six mois.

1707. Aux termes de l'art. 2271 : « *L'action des maîtres et institu-* » *teurs des sciences et arts, pour les leçons qu'ils donnent au mois ; —* » *Celle des hôteliers et traiteurs, à raison du logement et de la nourriture* » *qu'ils fournissent ; — Celle des ouvriers et gens de travail, pour le*

» *paiement de leurs journées, fournitures et salaires, — Se prescrivent* » *par six mois* ».

— *L'action des maîtres et instituteurs des sciences et arts, pour les leçons qu'ils donnent au mois.* Les professeurs, qui donnent leurs leçons au trimestre ou à l'année, échappent à ce texte; mais leur créance se trouve comprise dans la disposition générale de l'art. 2277 al. 4 : « et généralement tout ce qui est payable par année » ou à des termes périodiques plus courts »; la prescription de cinq ans leur est donc applicable. Nous en dirions autant des professeurs qui donnent leurs leçons au cachet.

— *Celles des hôteliers et traiteurs, à raison du logement et de la nourriture qu'ils fournissent.* Seuls, les hôteliers et traiteurs peuvent se voir opposer cette prescription spéciale. Elle est donc inapplicable à toute personne n'exerçant pas cette profession, par exemple au chef d'établissement qui fournit le logement et la nourriture à ses employés. Nous ne voudrions pas l'appliquer non plus, bien que ce soit plus douteux, aux cabaretiers, cafetiers et marchands de vin au détail, même pour le prix des consommations prises chez eux; d'autant plus que les fournitures qu'ils font ne sont pas relatives au *loyer* et à la *nourriture.* Ce cas nous paraît rentrer dans les prévisions de l'art. 2272 al. 3, et par conséquent la prescription ne s'accomplirait que par un an.

— *Celle des ouvriers et gens de travail, pour le paiement de leurs journées, fournitures et salaires.* Ceux qui louent leurs services à la journée sont évidemment compris sous la dénomination d'*ouvriers* ou *gens de travail.* Cette expression comprend également les *artisans :* ordinairement ils font de petites fournitures, et voilà pourquoi notre disposition soumet à la courte prescription qu'elle établit la créance du prix des *journées,* FOURNITURES *et salaires.* Mais il est impossible de considérer comme *ouvriers* ou *gens de travail* les commis des marchands, ni les entrepreneurs qui dirigent et surveillent les travaux sans travailler eux-mêmes. Cass., 13 juillet 1885, Sir., 85. 1. 431, et 7 juin 1887, Sir., 87. 1. 268. Aux premiers nous appliquerions la prescription de cinq ans pour le paiement de leurs salaires (arg. art. 2277 al. 4); pour les seconds, nous ne voyons guère en règle générale d'autre prescription possible que celle de trente ans. Un arrêt de la cour de Paris du 14 juin 1884 (Sir., 85. 2. 198) a jugé que l'art. 2271 est applicable au patron. Cet arrêt précise la distinction entre le patron et l'entrepreneur.

N° 2. Prescription d'un an.

1708. « *L'action des médecins, chirurgiens et apothicaires, pour* » *leurs visites, opérations et médicaments ; — Celle des huissiers, pour* » *le salaire des actes qu'ils signifient, et des commissions qu'ils exécu-* » *tent; — Celle des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux* » *particuliers non marchands ; — Celle des maîtres de pension, pour le* » *prix de la pension de leur élèves, et des autres maîtres pour le prix* » *de l'apprentissage ; — Celle des domestiques qui se louent à l'année,* » *pour le paiement de leur salaire, — Se prescrivent par un an* » (art. 2272).

— *L'action des médecins, chirurgiens et apothicaires, pour leurs visites, opérations et médicaments.* Cette disposition s'applique à tous ceux qui exercent légalement l'art de guérir, et notamment aux vétérinaires brevetés (Cass., 11 juin 1884, Sir., 85. 1. 313).

La prescription d'un an nous paraît s'appliquer au médecin pour le prix de ses

médicaments, aussi bien que pour le prix de ses visites et consultations. Mais le principe d'interprétation restrictive qui gouverne cette matière ne permet pas de soumettre à la prescription d'un an la créance du médecin pour le prix des appareils par lui fournis à ses clients. Le dernier arrêt de la cour de cassation déclare la prescription d'un an inapplicable, non seulement pour les fournitures d'appareils, mais aussi pour celles de médicaments (Cass., 19 juin 1882, Sir., 84. 1. 21).

Un arrêt plus ancien de la même cour décide que la prescription d'un an s'applique à la créance du pharmacien pour les fournitures de médicaments, faites à un médecin qui les a achetés, non pour son usage personnel, mais en vue de les revendre à sa clientèle : ce qu'il a le droit de faire dans certaines circonstances. Cette solution nous semble très douteuse ; car si elle est conforme au texte de la loi, elle est certainement contraire à son esprit, qui a été de ne soumettre à la prescription d'un an que les fournitures faites à des malades par ceux qui exercent l'art de guérir. Or ici la fourniture constitue un acte de commerce : le médecin achète pour revendre, et par conséquent c'est la prescription du droit commun qui doit être appliquée.

= *Celle des huissiers, pour le salaire des actes qu'ils signifient, et des commissions qu'ils exécutent.* D'après la jurisprudence de la cour de cassation, les déboursés, faits par l'huissier pour l'accomplissement des actes de son ministère, tels que frais de timbre et d'enregistrement, sont compris dans l'expression *salaire,* et tombent par conséquent sous le coup de la prescription spéciale qui nous occupe ; mais il n'en est pas de même des avances que l'huissier fait en dehors de cette sphère, comme mandataire ou *negotiorum gestor,* par exemple des frais de levée de jugement et d'inscription hypothécaire ; la créance qui appartient de ce chef à l'huissier demeure donc soumise à la prescription du droit commun. Cass., 25 février 1884, Sir., 84. 1. 188.

Les avoués ont ordinairement un huissier attitré, qui est chargé de signifier tous les actes de leur étude et auquel ils règlent périodiquement le montant de leurs honoraires qu'ils encaissent eux-mêmes. L'action, que l'huissier acquiert contre l'avoué dans ces circonstances, est une action de mandat, à laquelle s'applique la prescription du droit commun et non la prescription spéciale qui nous occupe. Cela est de jurisprudence.

= *Celle des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands.* Cette prescription concerne les marchands qui vendent des marchandises aux consommateurs. Deux conditions sont requises pour qu'elle soit applicable.

1° Que la fourniture soit faite par un marchand. Donc il n'y a pas lieu à cette prescription, mais bien à celle du droit commun, pour la vente qu'un propriétaire non commerçant fait des produits de sa propriété soit à des consommateurs, soit à des commerçants, ni même pour une semblable vente faite par un commerçant si elle ne constitue pas de sa part un acte de commerce, car alors il est vrai de dire que la vente n'est pas faite par un marchand, puisqu'il ne la fait pas en cette qualité. Ainsi la prescription d'un an n'est pas applicable au banquier ou à l'armateur, qui vend, comme le ferait tout autre propriétaire, le produit de ses récoltes.

2° Que la fourniture soit faite à un particulier non marchand. La créance, qu'un commerçant acquiert contre un autre commerçant par suite d'une vente de marchandises, échappe donc à la prescription spéciale qui nous occupe pour demeurer soumise à la prescription de trente ans, qui est la prescription du droit commun en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile. Il faut supposer toutefois que les marchandises sont achetées en vue d'alimenter le commerce de l'acheteur ; car, si elles étaient destinées à sa consommation personnelle, la prescription d'un an serait applicable. Ainsi la créance de l'épicier, du boucher du boulanger... pour

fournitures faites à un banquier ou à un armateur et destinées à être consommées dans sa maison, est prescriptible par un an; le banquier ou l'armateur n'agit pas en qualité de commerçant, en tant qu'il fait des achats de provisions pour les besoins de son ménage; il est donc vrai de dire *hoc sensu* que la fourniture a été faite à un particulier non marchand.

En résumé, la disposition de l'art. 2272 al. 3 ne s'applique qu'aux créances nées de fournitures ayant un caractère commercial chez celui qui les fait et un caractère non commercial chez celui qui les reçoit.

= *Celle des maîtres de pension, pour le prix de la pension de leurs élèves; et des autres maîtres, pour le prix de l'apprentissage.* Sous le nom de *maîtres de pension,* la loi désigne ceux qui donnent l'instruction et accessoirement le logement et la nourriture (argument du mot *élèves*). Celui qui donnerait la nourriture et le logement à ses pensionnaires, sans leur donner en même temps l'instruction, devrait être assimilé à un *traiteur,* et sa créance serait prescriptible par six mois (art. 2271).

= *Celle des domestiques..., pour le paiement de leur salaire.* L'expression *domestiques, domestici,* comprend tous ceux qui moyennant salaire sont attachés à la personne d'un maître et au service de sa maison, tels que cuisiniers, portiers, valets de chambre, cochers ; elle ne comprend pas les commis, intendants, précepteurs, bibliothécaires...

N° 3. Prescription de deux ans.

1709. « *L'action des avoués, pour le paiement de leurs frais et salai-* » *res, se prescrit par deux ans, à compter du jugement des procès, ou de* » *la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avoués. A* » *l'égard des affaires non terminées, ils ne peuvent former de demandes* » *pour leurs frais et salaires qui remonteraient à plus de cinq ans* » (art. 2273).

= *Pour le paiement de leurs frais et salaires.* — Le mot *frais* comprend toutes les avances ou déboursés, que l'avoué a été obligé de faire pour l'accomplissement de son mandat *ad litem,* et notamment pour droits de timbre, d'enregistrement et de greffe, coût des actes d'huissier, expéditions ou extraits d'actes qui lui sont nécessaires, honoraires des avocats, du moins ceux qui entrent en taxe. — Le mot *salaires* désigne les émoluments de l'avoué pour les différents actes de son ministère. La prescription de l'art. 2273 ne s'appliquerait pas aux honoraires, qui pourraient être dus à un avoué en dehors de son mandat *ad litem,* comme mandataire ordinaire ou *negotiorum gestor.*

= *Par deux ans, à compter du jugement des procès.* Il s'agit du jugement *définitif,* c'est-à-dire de celui qui épuise la juridiction du tribunal près duquel l'avoué occupe; un jugement *avant faire droit* (préparatoire, interlocutoire ou provisoire) ne ferait pas courir la prescription.

= *Ou de la conciliation des parties.* Cette conciliation se produit ordinairement sous forme de transaction.

= *Ou depuis la révocation desdits avoués.* La cour de cassation étend cette disposition à toutes les causes qui mettent fin au mandat de l'avoué, mort, destitution ou suppression d'office.

= *A l'égard des affaires non terminées, ils ne peuvent former de demandes pour leurs frais et salaires qui remonteraient à plus de cinq ans.* La prescription atteint donc tous les frais et salaires, dus pour actes du ministère de l'avoué accomplis par lui depuis plus de cinq ans.

1709 *bis.* Aux termes de l'art. 2 de la loi du 5 août 1881, *relative à la fixation*

de la prescription pour la taxe des actes notariés : « Les demandes en taxe et les » actions en restitution des honoraires dus aux notaires pour les actes de leur mi- » nistère se prescrivent par deux ans du jour du paiement ou du règlement par » compte arrêté, reconnaissance ou obligation.

Et on lit dans l'art. 4 : « Les demandes en taxe et toutes actions en restitution » des frais et honoraires contre les avoués ou huissiers seront prescrites par deux » ans, du jour du paiement ou du règlement de compte arrêté, reconnaissance ou » obligation ».

N° 4. Dispositions communes aux diverses prescriptions ci-dessus.

1710. Ces dispositions sont contenues dans les art. 2274 et 2275 : celui-ci relatif au serment que le créancier est autorisé à déférer au débiteur ou à ses ayant cause qui lui opposent la prescription, celui-là déterminant le point de départ de la prescription et la manière dont elle peut être intervertie.

1. Délation du serment.

1711. Les diverses prescriptions, établies par les art. 2271 à 2273, sont toutes fondées sur une présomption de paiement. Dans la pensée du législateur, elles sont destinées à suppléer au titre, qui manquera souvent au débiteur pour établir sa libération, et à empêcher qu'il ne soit obligé de payer deux fois. En effet toutes ces prescriptions s'appliquent à des dettes non constatées par un titre, et que l'on paie le plus souvent sans retirer de quittance, un écrit pouvant paraître inutile pour constater l'extinction d'une dette dont aucun écrit n'atteste l'existence. La présomption de paiement, qui sert de base à ces diverses prescriptions, est d'autant plus vraisemblable qu'elles s'appliquent à des dettes dont le paiement est en général exigé très promptement, parce qu'elles représentent pour celui à qui elles sont dues le revenu de la profession dont il vit. Celui qui invoque l'une de ces prescriptions soutient donc en définitive qu'il a payé, puisque la prescription n'a pas ici d'autre fondement qu'une présomption de paiement. Aussi le créancier peut-il exiger qu'il confirme cette assertion par un serment. C'est ce que dit l'art. 2275.

On lit dans l'alinéa 1 de cet article : « *Néanmoins ceux auxquels ces » prescriptions seront opposées, peuvent déférer le serment à ceux qui les » opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée* ».

L'alinéa 2 ajoute : « *Le serment pourra être déféré aux veuves et héri- » tiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils » aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due* ». C'est ce que l'on appelle le serment de *crédulité,* quelques-uns disent de *crédibilité.* Il doit être déféré et prêté dans les termes mêmes de la disposition que nous venons de transcrire.

On voit que le serment peut être déféré par le créancier à toute personne qui lui oppose l'une des prescriptions établies par les art.

2271 à 2273. Mais il y a une nuance, suivant qu'il s'agit du débiteur lui-même ou de ses ayant cause.

La prescription est-elle invoquée par le débiteur lui-même? Si le créancier lui défère le serment, il ne pourra échapper à une condamnation qu'en jurant qu'il a réellement payé. Il s'agit d'un fait personnel au débiteur et au sujet duquel il doit s'expliquer catégoriquement.

Au contraire il suffit à la veuve, aux héritiers ou au tuteur, à qui le serment de crédulité est déféré, de jurer qu'ils ne savent pas que la chose soit due. Le paiement, sur le fondement duquel ils invoquent la prescription, n'est pas leur fait personnel, et on ne pouvait pas exiger d'eux une affirmation aussi précise que celle qu'on impose au débiteur.

1712. Le créancier, auquel la prescription est opposée, pourrait-il combattre la présomption de paiement, sur laquelle cette prescription est basée, par une preuve autre que celle tirée du serment autorisé par l'art. 2275? Pourrait-il notamment se prévaloir, pour écarter la prescription, d'un aveu du débiteur que la dette n'a pas été payée, ou provoquer cet aveu par un interrogatoire sur faits et articles? Nous ne le croyons pas. « Nulle preuve », dit l'art. 1352 al. 2, « n'est admise contre la » présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle... dénie » l'action en justice... ». C'est bien notre cas : sur le fondement de cette présomption que la dette a été payée, la loi dénie au créancier l'action en justice; car c'est en réalité lui dénier l'action que d'accorder au débiteur une exception péremptoire pour repousser cette action. Nous sommes donc en face d'une de ces présomptions, que l'on appelle dans la doctrine *juris et de jure,* c'est-à-dire qui n'admettent pas la preuve contraire, ou qui du moins n'en admettent pas d'autres que celles que la loi a réservées. Or la loi ne réserve que la preuve résultant du serment; donc toute autre est interdite. La jurisprudence de la cour de cassation est dans ce sens; encore n'est-elle pas très ferme. Il y a des décisions de cours d'appel en sens contraire; elles s'expliquent facilement par les circonstances de la cause. Le droit se trouve parfois ici en lutte avec l'équité; souvent la mauvaise foi du débiteur est éclatante, et on comprend que le juge soit tenté de dévier de la rigueur des principes. Ce que l'on comprend moins aisément, c'est qu'une partie de la doctrine l'encourage dans cette voie.

Si l'on admet que l'aveu exprès du débiteur qu'il n'a pas payé sa dette le rend non recevable à opposer la prescription, il faut en dire autant de l'aveu tacite résultant de ce que le débiteur a commencé par invoquer un moyen de défense exclusif de l'idée de paiement, par exemple une remise de dette. La jurisprudence est en ce sens. Cass., 30 juillet 1879, Sir., 79. 1. 457; Cour de just. civ. de Genève, 15 janvier 1883, Sir., 83. 4. 16; Tribunal d'Annecy, 23 juillet 1887, Sir., 89. 2. 45.

2. *Point de départ des diverses prescriptions qui précèdent.*

1713. D'après le droit commun, la prescription court dès que le droit existe. L'art. 2274 al. 1 prouve que ce principe s'applique aux diverses prescriptions spéciales que nous venons d'étudier : « *La pres-* » *cription, dans les cas ci-dessus, a lieu, quoiqu'il y ait eu continuation* » *de fournitures, livraisons, services et travaux* ». Ainsi la prescription, établie par l'art. 2272 al. 2 court contre un huissier, pour le salaire d'un acte qu'il a signifié, à dater du jour de la signification, bien que

postérieurement il ait signifié d'autres actes pour le compte de la même personne. Le mandat, que reçoit l'huissier de signifier un nouvel acte, n'interrompt pas la prescription qui courait contre lui pour le salaire de l'acte précédent.

Ce principe doit être combiné avec la règle établie par l'art. 2257 al. 4 : « La » prescription ne court point... — A l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce » que ce jour soit arrivé ». Cela est sans difficulté, quand il y a un terme fixé par une convention expresse. Ainsi un maître de pension fait avec les parents des élèves qu'il reçoit cette convention, que le prix de la pension sera payé par trimestre. En supposant qu'il n'ait pas été convenu que le paiement sera fait d'avance, le maître de pension n'a d'action pour le paiement de chaque trimestre que lorsqu'il est expiré, et la prescription d'un an ne court contre lui qu'à dater de ce moment; de sorte qu'il y a autant de prescriptions distinctes à considérer que de trimestres en retard.

La règle s'applique-t-elle aussi au terme fixé par une convention tacite? L'affirmative est certaine; car l'art. 2257 est conçu dans les termes les plus généraux. La difficulté est de savoir quand il y a terme tacite, et c'est là, on le conçoit, surtout une question de fait, à résoudre en cas de contestation par les juges d'après les circonstances de la cause.

Un des cas les plus délicats est celui du médecin réclamant le paiement de ses honoraires; nous en dirons un mot. Il s'agit de savoir si la prescription d'un an court contre le médecin, pour le prix de chaque visite, à dater du jour où elle est faite, de sorte que la prescription pourrait lui être opposée pour le prix de toute visite remontant à plus d'une année. La rigueur des principes semble bien conduire à la solution affirmative. D'abord il ne paraît guère douteux, quoiqu'on l'ait contesté, que l'art. 2274 al. 1 s'applique aux médecins; les mots *fournitures, livraisons, services et travaux,* qui ont un sens très général, ont été choisis à dessein pour embrasser tous les cas prévus par les art. 2271 à 2273, et sur ces quatre mots il y en a trois au moins, *fournitures, services et travaux,* qui peuvent suivant les circonstances s'appliquer au médecin. En outre, le médecin est certainement en droit de réclamer le paiement immédiat du prix de chaque visite qu'il fait à un malade; dès qu'on lui reconnaît une action pour se faire payer, il faut dire que la prescription commence à courir immédiatement contre lui. Nous savons bien que les usages ne permettent guère au médecin d'user de son droit dans toute sa rigueur, et qu'en fait la plupart se conforment à ces usages. Mais il y a loin de là à poser en principe, comme le font un grand nombre d'auteurs, qu'il intervient entre un médecin et ses malades une convention tacite, en vertu de laquelle le médecin accorde un délai pour le paiement de ses honoraires, et que par suite la prescription ne doit commencer à courir contre lui qu'à l'expiration de ce délai. Nous ne voulons pas dire qu'il n'y ait jamais lieu d'admettre, en raison des circonstances de la cause, l'existence d'une pareille convention; mais il nous semble qu'on va trop loin en la présumant, en déclarant qu'elle constitue la règle générale.

Il y a sur cette question une autre opinion, qui a rallié beaucoup de suffrages dans la doctrine et vers laquelle paraît incliner la jurisprudence la plus récente : elle assigne pour point de départ à la prescription la guérison du malade, sa mort, ou le renvoi du médecin, suivant les cas. On se fonde principalement sur les précédents historiques, et notamment sur l'autorité de Pothier.

3. *Interruption et interversion des prescriptions établies par les articles* 2271 *à* 2273.

1714. Les règles générales sur l'interruption s'appliquent aux prescriptions spéciales que nous venons d'étudier, en tant que la loi

n'y a pas dérogé. Ainsi un avoué, non payé des frais et salaires qui lui sont dus par un client pour un procès terminé, donne un commandement à son débiteur. Ce commandement interrompt la prescription; mais immédiatement la prescription recommence à courir. La nouvelle prescription, qui commence au profit du débiteur, est toujours la prescription de l'art. 2273, 1re partie; elle s'accomplira donc par deux ans, car l'interruption ne change pas le caractère et les conditions de la prescription.

L'art. 2274 al. 2 apporte à cette règle une exception considérable : « *Elle* [la prescription spéciale établie par les articles précédents] » *ne cesse de courir que lorsqu'il y a eu compte arrêté, cédule ou obliga-* » *tion, ou citation en justice non périmée* ». Il faut bien comprendre la portée de cette disposition, sur le sens de laquelle les précédents historiques ne laissent pas de doutes. Elle signifient que les divers actes, dont la loi donne ici l'énumération, non seulement interrompent la prescription, mais en outre l'*intervertissent;* c'est-à-dire que la nouvelle prescription, qui pourra désormais courir au profit du débiteur, ne sera plus celle qu'il pouvait invoquer auparavant, mais une prescription toute différente quant à sa durée et à ses conditions, la prescription de trente ans. Cpr. loi du 5 août 1881, art. 1 (*infra,* n. 1716 *bis*.).

Ainsi un marchand, dont la créance était prescriptible par un an aux termes de l'art. 2272 al. 3, intente, avant que la prescription soit accomplie, une action contre son débiteur, et obtient un jugement contre lui. Désormais la dette ne sera plus prescriptible que par trente ans ; de sorte que la demande en justice aura eu pour résultat, non seulement d'interrompre la prescription commencée, mais encore de l'*intervertir* en lui substituant pour l'avenir une prescription différente; celle de trente ans.

La demande en justice ne produit pas seule ce résultat ; il en est de même de la reconnaissance de la dette, en quelque forme qu'elle ait lieu, soit qu'elle résulte d'un *compte arrêté,* d'une *cédule* ou d'une *obligation* (art. 2274 al. 2.)

D'un *compte arrêté,* c'est-à-dire d'une reconnaissance de la dette par le débiteur au bas du mémoire. Ainsi un marchand m'a fait pendant plusieurs mois des fournitures de provisions pour les besoins de mon ménage ; il me présente un compte que j'examine ; nous en arrêtons le montant d'un commun accord à la somme de mille francs, dont je me reconnais débiteur par une déclaration écrite au bas du mémoire. Désormais ma dette, qui auparavant était prescriptible par un an, ne sera plus prescriptible que par trente ans.

D'une *cédule* ou d'une *obligation*. Le mot *cédule* désigne ici un écrit privé, le mot *obligation* un acte authentique. La loi veut dire que la reconnaissance, faite par le débiteur, de sa dette, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé, soit même par simple lettre (le mot *cédule* est assez général pour comprendre les écrits privés qui ne sont pas à proprement parler des *actes*), opère une interversion, en substituant la prescription trentenaire à la courte prescription qui existait à l'origine.

Mais pourquoi cette interversion ? Les diverses prescriptions spéciales établies par les art. 2271 à 2273 sont fondées, ainsi que nous l'avons vu, sur ce que les dettes

auxquelles elles s'appliquent sont en général payées dans un très bref délai, et le plus souvent sans que le débiteur retire une quittance, un écrit pouvant paraître inutile pour attester le paiement d'une créance qui n'est pas elle-même constatée par un titre. Or, dans les divers cas prévus par l'art. 2274 al. 2, l'événement a prouvé que le débiteur n'était pas en mesure de payer sa dette pour le moment ; et très certainement, quand il la paiera, il ne manquera pas de retirer une quittance ; car le créancier a maintenant un titre contre lui, soit le jugement qu'il a obtenu, soit la reconnaissance émanée du débiteur. Le double motif qui a fait établir la prescription spéciale a donc cessé d'exister, et voilà pourquoi la loi lui substitue désormais la prescription du droit commun.

§ II. *Prescription de cinq ans.*

1715. Le code civil édicte la prescription de cinq ans dans deux cas (art. 2276 et 2277). Nous en ajouterons un troisième, prévu par la loi du 5 août 1881.

N° 1. Cas prévus par l'art. 2276.

1716. « *Les juges et avoués sont déchargés des pièces cinq ans après* » *le jugement des procès* » (art. 2276 al. 1). Les pièces, qui ont été livrées aux juges et aux avoués dans le cours d'un procès, leur devenant inutiles le procès une fois terminé, il est probable qu'elles seront restituées très promptement à leur propriétaire. De là la courte prescription établie par notre disposition.

Remarquez que le juge ou l'avoué, qui aurait encore les pièces entre les mains, ne pourrait pas invoquer la prescription pour se dispenser de les restituer : ni celle de cinq ans établie par notre article, ni même de celle de trente ans. Ils en sont en effet détenteurs précaires, et ne peuvent jamais à ce titre en acquérir la propriété par la prescription (art. 2236). L'art. 2276 al. 1 signifie donc seulement qu'après cinq ans le juge ou l'avoué, qui aurait perdu les pièces ou les aurait égarées, échapperait de ce chef à toute responsabilité en invoquant la prescription.

L'art. 2276 al. 2 ajoute : « *Les huissiers, après deux ans, depuis* » *l'exécution de la commission, ou la signification des actes dont ils* » *étaient chargés, en sont pareillement déchargés* ». Pourquoi l'action en responsabilité dure-t-elle cinq ans contre les juges et les avoués, et deux ans seulement contre les huissiers ? Il est difficile de donner une bonne raison de cette différence.

L'action en restitution de sommes, qu'un huissier aurait touchées pour le compte d'un client, serait soumise à la prescription de trente ans, et non à la prescription spéciale de l'art. 2276 al. 2.

N° 2. Cas prévu par la loi du 5 août 1881.

1716 *bis*. Aux termes de l'art. 1er de la loi du 5 août 1881, *relative à la fixation de la prescription pour la taxe des actes notariés*, « L'action des notaires en » paiement des sommes dues pour les actes de leur ministère se prescrit par cinq » ans à partir de la date de ces actes. La prescription ne cesse de courir que lors- » qu'il y a eu compte arrêté, reconnaissance, obligation ou citation en justice non » périmée ; les articles 2275 et 2278 du Code civil sont applicables à cette prescrip-

» tion. — Pour les actes dont l'exécution est subordonnée au décès, tels que les testa-
» ments et donations entre époux pendant le mariage, les cinq ans ne dateront que
» du jour du décès de l'auteur de la disposition ».

N° 3. Cas prévu par l'art. 2277.

1717. « *Les arrérages de rentes perpétuelles et viagères; — Ceux des* » *pensions alimentaires; — Les loyers des maisons, et le prix de ferme* » *des biens ruraux; — Les intérêts des sommes prêtées, et généralement* » *tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus* » *courts, — Se prescrivent par cinq ans* » (art. 2277). Cpr. art. 33 de la loi du 20 juillet 1886 sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse.

Une ordonnance de Louis XII, en date de 1510, ordonna (art. 71) que les acheteurs de rentes constituées (on sait que la constitution de rente était le prêt à intérêt d'alors, *supra*, n. 839) ne pourraient demander que les arrérages de cinq ans. Etendue par le décret du 20 août 1792 aux rentes foncières, puis par le décret du 24 août 1793 (art. 156) aux rentes viagères dues par l'Etat, cette disposition a été généralisée par l'art. 2277, qui l'applique, comme nous le verrons tout à l'heure, à toutes les prestations qui échoient civilement jour par jour et dont l'accumulation pendant un grand nombre d'années aurait pour conséquence inévitable la ruine du débiteur. Le code civil a ainsi réalisé un progrès que le chancelier Michel de Marillac, devançant son temps, avait inutilement tenté dans sa *belle ordonnance* de janvier 1629. C'est Pothier qui l'appelle ainsi, et cette appréciation du maître suffit à venger l'illustre chancelier du mépris que ses contemporains lui témoignèrent en ridiculisant son œuvre sous le nom de *code Michaud*.

1. *Motifs de la loi.*

1718. L'orateur du gouvernement, Bigot-Préameneu, dit, dans l'exposé des motifs, que l'art. 2277 n'est pas seulement fondé sur une présomption de paiement, mais *plus encore* sur une considération d'ordre public : on a voulu empêcher que les débiteurs ne fussent ruinés par l'accumulation des arrérages.

Des deux motifs sur lesquels est fondée notre disposition, l'un est donc principal, l'autre accessoire.

Le premier réside dans une pensée d'humanité, de protection pour les débiteurs. On n'a pas voulu que la négligence d'un créancier, qui laisse s'arrérager pendant de longues années les prestations périodiques dont son débiteur est tenu envers lui, pût avoir pour résultat de forcer le débiteur à faire un jour appel à son capital pour payer en une seule fois une série d'annuités, que normalement il devait prélever sur son revenu au fur et à mesure des échéances.

Voilà le motif fondamental de la loi. C'est *en haine de la négligence du créancier qu'elle le forclot,* dit un de nos anciens; cette négligence ne doit pas avoir pour conséquence la ruine du débiteur; l'intérêt public ne le permet pas.

Voici maintenant le motif secondaire. Au bout de cinq années, il est probable que le créancier a été payé; car il s'agit de prestations, qui constituent pour lui un revenu et dont il a le plus souvent besoin pour vivre. A ce point de vue, la prescription de l'art. 2277 est destinée à fournir au débiteur, qui s'est déjà libéré et qui a perdu sa quittance ou n'en a pas retiré, le moyen d'échapper à la nécessité de payer une seconde fois.

C'est là, disons-nous, le motif *accessoire* de la prescription qui nous occupe. Elle est donc bien différente des prescriptions établies par les art. 2271 à 2273, lesquelles sont fondées exclusivement sur une présomption de paiement. Et de là résultent deux conséquences.

1° L'aveu du débiteur, qu'il n'a pas payé les annuités remontant à plus de cinq ans, ne le mettrait pas dans l'impossibilité d'invoquer la prescription de l'art. 2277 (Cass., 5 août 1878, Sir., 79. 1. 301); à moins, bien entendu, que cet aveu n'eût été fait dans des conditions telles qu'il impliquât renonciation au bénéfice de la prescription acquise : ce qui ne devrait pas être présumé.

2° Le créancier, auquel est opposée la prescription de l'art. 2277, ne peut pas déférer le serment au débiteur sur le point de savoir s'il a payé. En effet le refus que ferait le débiteur de prêter ce serment ne constituerait qu'un aveu de l'existence de sa dette, et nous venons de voir qu'il peut faire cet aveu sans perdre le bénéfice de la prescription.

Sur l'un et l'autre point, il en est autrement des prescriptions établies par les art. 2271 à 2273, parce qu'elles sont exclusivement fondées sur une présomption de paiement. Le débiteur, qui oppose l'une de ces dernières prescriptions, dit : « J'ai payé, et j'invoque la prescription pour me tenir lieu de la quittance que j'ai perdue ou que je n'ai pas retirée ». C'est bien le moins que le créancier ait le droit d'exiger que cette assertion soit confirmée par un serment. Au contraire, le débiteur, qui oppose la prescription de l'art. 2277, dit ou peut dire : « Je n'ai pas payé; mais je suis libéré par le résultat de la négligence de mon créancier, qui ne m'a pas poursuivi dans le délai voulu et qui voudrait aujourd'hui me forcer à payer un grand nombre d'annuités arriérées, au risque de me ruiner; une raison d'ordre public s'oppose à ce que cette prétention puisse réussir; voilà pourquoi j'oppose la prescription ». Alors à quoi bon déférer le serment au débiteur?

D'ailleurs la place qu'occupe l'art. 2275, relatif à la délation du serment, et les termes dont il se sert ne permettent pas de douter qu'il ne s'applique qu'aux seules prescriptions des art. 2270 à 2273. Argument des mots : « Ceux auxquels *ces* prescriptions seront opposées ».

Un arrêt de la cour de cassation du 11 décembre 1883 (Sir., 84. 1. 335) a jugé que la prescription de cinq ans de l'art. 2277 est, comme celle de l'art. 2262, un mode spécial de libération indépendant du paiement; elle peut être opposée en tout état de cause, à moins que le débiteur n'y ait renoncé ou qu'il n'y ait eu interruption.

2. *Domaine de l'article 2277.*

1719. Le législateur énumère dans l'art. 2277 quelques créances, auxquelles s'applique la règle de la prescription quinquennale ; puis, pour nous montrer que cette énumération n'est nullement limitative, il généralise sa pensée dans une règle qui n'en est peut-être pas la traduction très fidèle, ainsi que nous le verrons tout à l'heure. Etudions d'abord les cas particuliers que le législateur cite à titre d'exemples ; ils nous aideront à découvrir la véritable portée de la règle dont ils sont une application, et à lui donner sa formule exacte.

1720. Sont prescriptibles par cinq ans :

1° « *Les arrérages de rentes perpétuelles et viagères* ». Cette disposition s'applique dans sa généralité, même aux arrérages de rentes dues par l'Etat. *Adde* arg. art. 2227. — Ce sont seulement les arrérages qui sont prescriptibles par cinq ans ; la rente elle-même, le *nomen juris,* dont les arrérages sont le produit, ne se prescrit que par trente ans.

2° « *Ceux des pensions alimentaires* ».

D'après M. Laurent (t. 32 n. 441), les traitements des fonctionnaires publics doivent être assimilés à des pensions alimentaires. « Au fond, dit cet auteur, ces traitements sont calculés de manière que les fonctionnaires comptent parmi les pauvres dans une société riche ; on peut donc hardiment les assimiler à des aliments ». Point n'est besoin de cette assimilation, qui manquerait d'ailleurs d'exactitude à plus d'un point de vue, pour déclarer applicable ici la prescription quinquennale ; on peut faire rentrer sans le moindre effort les traitements dont il s'agit dans la règle formulée par l'art. 2277 al. 4 : « *et généralement tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts* ».

3° « *Les loyers des maisons et le prix de ferme des biens ruraux* ». C'est à dessein que la loi dit *les loyers* DES MAISONS, et non d'une manière générale *les loyers*. Il y a en effet des loyers qui se prescrivent par un temps plus court que cinq années. Tels sont ceux des chambres et appartements que louent les hôteliers : l'art. 2271 al. 2 les déclare prescriptibles par six mois.

Sont comprises sous la dénomination de *loyers* et de *fermages* toutes les obligations, qui incombent au preneur comme prix de la jouissance que le bailleur lui procure : par exemple les menues prestations en nature qui sont imposées à un fermier à titre de charge accessoire, par exemple encore l'obligation de supporter la contribution foncière qui, d'après le droit commun, est à la charge du propriétaire.

4° « *Les intérêts des sommes prêtées* ». Cette règle s'applique même aux intérêts des sommes que les compagnies de commerce ou d'industrie empruntent sous forme d'*obligations*. Une compagnie est en droit de refuser le paiement des coupons d'obligations échus depuis plus de cinq ans.

1721. Ce que la loi dit des intérêts des sommes prêtées est vrai de tous les intérêts conventionnels en général, notamment des intérêts d'un prix de vente. Cela nous paraît absolument certain, quand l'intérêt est stipulé payable *par année ou à des termes périodiques plus courts :* par exemple si un acte de vente porte que l'acheteur aura un délai de dix ans pour payer son prix, et que jusque-là il en servira les intérêts à 5 °/o *payables chaque année le 25 décembre;* car alors l'hypothèse rentre littéralement dans les termes de la formule générale qui termine l'art. 2277. Et nous n'y voyons guère de doute, si la convention ne fixe pas expressément les termes de paiement des intérêts : comme s'il est dit purement et simplement dans l'acte que l'acheteur servira les intérêts de son prix à 5 °/o. Il est alors sous-entendu que les intérêts seront payables par année, et par conséquent l'hypothèse est la même que la précédente. Il y a cependant des décisions judiciaires en sens con-

traire : ce qui tendrait à faire croire qu'il n'y a rien de certain dans la science du droit.

1722. Si l'on admet que la prescription de cinq ans est applicable à tous les intérêts conventionnels, il est difficile de ne pas la déclarer applicable aussi aux intérêts, que la loi fait courir de plein droit par interprétation de la volonté des parties contractantes ; car ce sont en réalité des intérêts conventionnels, puisque la disposition législative, en vertu de laquelle ils sont dus, n'est qu'une traduction légale de la pensée des parties contractantes, qui sont censées avoir sous-entendu la stipulation d'intérêts. Il en est ainsi notamment des intérêts du prix de vente d'une chose frugifère (art. 1652 al. 3 ; cpr. *supra,* n. 571) et d'une manière générale de tous les intérêts légaux compensatoires. Objectera-t-on que la loi ne les déclare pas *payables par année ou à des termes périodiques plus courts,* et que par conséquent ils ne rentrent pas dans les termes de la formule générale qui termine l'art. 2277 ? Nous ferons la même réponse qu'en ce qui concerne les intérêts stipulés expressément par les parties sans indication des termes de paiement : la loi sous-entend qu'ils seront payables par année ; c'est en effet par année que se perçoivent les fruits de l'immeuble dont ils sont la contre-valeur ; ils sont donc en réalité compris dans la formule légale.

1723. La question devient un peu plus délicate pour les intérêts *moratoires,* qu'ils soient dus de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ou d'une demande judiciaire, ou même par suite d'une simple sommation, comme on en voit un exemple en matière de vente dans l'art. 1652 al. 4. Si on ne s'inspire que des motifs qui ont fait établir la prescription quinquennale, on ne doutera guère qu'elle ne soit applicable à cette hypothèse. Qu'a voulu la loi ? Empêcher la ruine du débiteur par l'accumulation de nombreux intérêts ; or le débiteur sera-t-il moins ruiné par l'accumulation d'intérêts moratoires que par l'accumulation d'intérêts conventionnels ? D'un autre côté, le créancier, qui laisse pendant de longues années s'arrérager des intérêts moratoires, est-il moins négligent que celui qui laisse s'arrérager durant le même temps des intérêts conventionnels ? Rationnellement on ne conçoit point ici une distinction entre les intérêts moratoires et les intérêts conventionnels : si ceux-ci tombent sous le coup de la prescription quinquennale, il doit en être de même de ceux-là ; deux situations identiques ne sauraient être régies d'une manière différente.

L'esprit de la loi, c'est-à-dire les motifs qui l'ont dictée, ne laisse donc pas de doute. Alors comment se fait-il que la question soit controversée ? C'est qu'il y a une objection de texte. Les intérêts moratoires, dit-on, ne sont pas compris dans les termes de l'art. 2277 ; ils échappent donc à la prescription quinquennale, qui est une prescription exceptionnelle. Etendre l'art. 2277 aux intérêts moratoires, c'est violer une de nos règles d'interprétation les plus sûres, la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Contestera-t-on que les intérêts moratoires échappent à la lettre de l'art. 2277 ? Cela paraît bien difficile. Les intérêts moratoires ne figurent pas sur la liste des cas particuliers, que prévoit la première partie de l'art. 2277 ; nul ne le conteste. Peut-on les faire rentrer dans la formule générale qui termine l'article ? Pas davantage. Les intérêts moratoires ne sont pas *payables par année ou à des termes périodiques plus courts;* en effet le créancier peut, au moment qu'il lui plaît de choisir, exiger à la fois le capital et tous les intérêts moratoires courus jusqu'alors. Les intérêts moratoires seront ainsi le plus souvent payés en une seule fois avec le capital de la dette. Trouvons-nous là le paiement périodique dont parle l'art. 2277 al. 4 ? Assurément non. Il n'en faut pas davantage pour que l'article demeure inapplicable, d'après le principe que nous venons de rappeler.

Mais d'abord, si le créancier a la faculté d'exiger le paiement des intérêts moratoires en une seule fois, au moment où il réclamera le paiement du capital, il a

certainement aussi le droit d'en réclamer le paiement périodique pendant un certain temps, avant d'exiger le paiement du capital. Au bout d'une année à dater de l'événement qui a fait courir les intérêts moratoires, il sera dû au créancier, outre son capital, un vingtième en sus, en supposant les intérêts moratoires payables au taux de 5 %. Ce sont là deux créances distinctes, bien que l'une, celle du capital, soit principale et l'autre accessoire, et le créancier a certainement le droit de demander le paiement de celle-ci sans exiger pour le moment le paiement de celle-là. Libre à lui de procéder de même les années suivantes. Il en résulte que les intérêts moratoires sont *exigibles* et par suite *payables* PAR ANNÉE : ce qui nous fait rentrer dans la lettre de la loi.

Concédons d'ailleurs que les intérêts moratoires ne soient pas *payables par année ou à des termes périodiques plus courts;* en résulterait-il qu'ils doivent échapper à la prescription quinquennale, comme n'étant pas compris dans les termes de la loi? Nous ne le croyons pas ; car il est manifeste que la formule employée par le législateur a trahi sa pensée. Nous allons essayer de le démontrer.

1724. Soit une dette de 10,000 fr. résultant d'un prêt ou de toute autre cause; les parties conviennent que le débiteur paiera sa dette par dixièmes, soit 1,000 fr. d'année en année. Voilà bien une dette *payable par année;* elle est comprise par conséquent dans la formule qui termine l'art. 2277. La prescription de cinq ans sera-t-elle applicable? Très certainement non, de l'avis de tous les auteurs. Pourquoi n'applique-t-on pas la règle, bien qu'il s'agisse d'un cas compris littéralement dans ses termes? Parce qu'il faut avant tout ne pas faire dire au législateur le contraire de ce qu'il a voulu dire. L'art. 2277 se borne à consacrer la tradition en la développant. Ce qu'il a voulu, comme l'ordonnance de 1510 dont il est fils, c'est prévenir la ruine du débiteur par suite de l'accumulation d'annuités, qui vont grossissant indéfiniment le chiffre de sa dette, ainsi que cela a lieu dans tous les cas que le législateur cite à titre d'exemples; il ne faut donc pas appliquer la règle au cas où le chiffre de la dette est connu et arrêté à l'avance; qu'importe qu'elle soit payable par annuités? Une dette de 10,000 fr. sera-t-elle plus lourde et plus ruineuse pour le débiteur, parce qu'elle est payable en dix annuités au lieu d'être payable en une seule fois? La règle ne s'appliquera donc pas, parce qu'il s'agit d'un cas pour lequel très certainement elle n'a pas été écrite et qu'on ne doit pas profiter d'un accident de rédaction pour défigurer la pensée du législateur.

L'autorité, qui s'attache à la formule légale, se trouve ainsi fortement ébranlée, et, puisque nul n'hésite à faire un premier pas en refusant de l'appliquer à une hypothèse que sa lettre comprend mais que son esprit repousse, nous croyons qu'il faut en faire un deuxième en sens inverse, en la déclarant applicable aux cas que son esprit comprend très certainement, fût-il probable et même certain que sa lettre les exclut. Or, nous l'avons dit, la pensée qui a dicté l'art. 2277 comprend les intérêts moratoires aussi bien que les intérêts conventionnels. Le législateur a eu en vue toutes les dettes d'intérêts ou d'arrérages, qui échoient civilement jour par jour et qui augmentent ainsi insensiblement mais indéfiniment la dette du débiteur, à mesure que le temps marche, jusqu'au point de l'écraser un jour. Comme le dit fort bien une cour d'appel, on ne saurait contester que le législateur a voulu soumettre à la prescription quinquennale toutes les créances, qui, ayant le caractère de fruits civils ou de revenus, peuvent par leur accroissement successif entraîner la ruine du débiteur. On devra donc appliquer la prescription quinquennale à tous les cas qui rentrent dans cette idée, alors même qu'ils ne rentreraient pas précisément dans la formule adoptée par la loi.

Nous concluons que l'art. 2277 offre l'exemple d'un de ces cas très rares, dans lesquels il est démontré que les expressions employées par le législateur défigurent sa pensée ; par conséquent c'est de la pensée qu'il faut tenir compte, sans trop se préoccuper de son enveloppe.

Tel était bien le sentiment de Bigot-Préameneu, lorsqu'il disait dans l'exposé des motifs de la loi : « La crainte de la ruine des débiteurs étant admise comme motif de notre prescription, on ne doit excepter aucun des cas auxquels ce motif s'applique ». Ne dirait-on pas, en lisant ces paroles, que l'orateur du gouvernement, sachant la difficulté qu'il y a de rédiger une formule comprenant tous les cas que l'on veut y faire entrer, avait prévu par avance la difficulté que nous venons d'examiner et indiqué la solution qu'elle doit recevoir ?

1725. Si maintenant nous recherchons quelle est la formule que le législateur aurait dû employer pour exprimer exactement ce qu'il voulait dire, peut-être pourrait-on proposer celle-ci : « Sont prescriptibles par cinq ans *toutes les prestations, susceptibles d'une durée indéfinie qui, échoient civilement ou conventionnellement par année au à des termes périodiques plus courts* ». Les mots *prestations susceptibles d'une durée indéfinie* excluent le cas d'un capital dont le paiement doit être effectué en plusieurs années ; ils n'excluent aucune des créances énumérées par l'art. 2277, pas même les loyers et fermages, dont la prestation peut être due indéfiniment par suite de réconductions tacites successives. En outre notre formule comprend les intérêts moratoires ; car ils échoient civilement jour par jour, et par conséquent à des termes périodiques plus courts qu'une année. Elle comprend aussi les prix des baux à colonage partiaire, qui échappent peut-être à la lettre de l'art. 2277. Elle comprend enfin les dividendes des actions dans les sociétés commerciales, qui d'ailleurs peuvent sans trop de difficulté rentrer dans les termes de la formule légale et auxquels une jurisprudence constante applique la prescription quinquennale.

3. *Calcul du délai de la prescription quinquennale.*

1726. Les prestations, auxquelles s'applique la prescription de l'art. 2277 (à l'exception peut-être de celles dues par un colon partiaire), échoient civilement jour par jour ; par conséquent toutes les prestations, civilement échues depuis plus de cinq années, sont atteintes par la prescription, si le créancier n'a accompli aucun acte interruptif. La prescription, se modelant sur les prestations auxquelles elle s'applique, remplit donc ici son office jour par jour. Il en résulte que le créancier, qui forme une demande judiciaire, ne peut exiger que les prestations correspondant aux cinq dernières années ; le débiteur peut opposer la prescription pour toutes les prestations civilement échues à une époque antérieure.

Toutefois, il faut appliquer ici la règle que la prescription ne court qu'à dater du jour où l'action du créancier est née ; il en résulte que le point de départ de la prescription peut se trouver retardé pour les intérêts des créances qui ne sont pas encore liquidées ; car, tant que la quotité d'une créance n'est pas déterminée, le créancier n'a pas d'action spéciale pour exiger le paiement des intérêts, et par suite la prescription se trouve suspendue à son profit (arg. art. 2257). Ainsi la prescription de cinq ans ne commence à courir pour les intérêts des sommes dues par compte courant qu'à dater du règlement définitif de ce compte.

§ III. *De la prescription instantanée.*

1727. L'objet de ce paragraphe est l'étude de la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre.* Nous le subdiviserons en deux numéros consacrés, l'un à la législation du code civil sur cette matière,

l'autre aux lois postérieures qui sont venues la compléter ou la modifier.

N° 1. Législation du code civil.

1728. Elle est contenue dans les art. 2279 et 2280, dont nous commençons par reproduire le texte.

Art. 2279. *En fait de meubles, la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.*

Art. 2280. *Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.*

Il paraît que l'origine de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* remonte jusqu'à la loi salique et à la loi ripuaire; mais elle a subi dans notre droit une assez longue éclipse, dont il est assez difficile de préciser le commencement et la fin. Tout ce que l'on sait à cet égard se réduit à peu près aux deux points suivants. D'une part, nos anciennes coutumes contiennent des dispositions sur la prescription acquisitive des meubles, dispositions d'ailleurs assez divergentes; ici la prescription des meubles s'accomplissait par trois ans, là par cinq ans, ailleurs par un délai plus long: ce qui suppose l'abandon de la règle *En fait de meubles, la possession vaut titre.* D'autre part, la règle se trouve, dans le cours du dix-huitième siècle, consacrée par la jurisprudence du Châtelet de Paris, ainsi que l'atteste Bourjon.

I. *Sens de la règle* En fait de meubles la possession vaut titre. *Délimitation de son domaine*

1. *Sens de la règle.*

1729. La règle *En fait de meubles la possession vaut titre* est un adage. Cela explique sa brièveté et par suite son obscurité : laconisme et clarté ne se concilient guère. Il y a deux moyens pour en découvrir le sens : le premier, qui est le plus puissant, consiste à l'éclairer par l'exception que la loi lui fait subir; le second, à interroger la tradition. Nous allons voir qu'ils conduisent l'un et l'autre au même résultat.

Appliquons d'abord le premier procédé, qui revient à interpréter le texte par le texte lui-même. L'art. 2279 contient une règle et une exception. La règle est obscure; mais l'exception est très claire : elle consiste en ce que, dans un cas particulier, celui de perte ou de vol,

le propriétaire d'une chose mobilière est admis à la revendiquer contre celui dans les mains duquel il la trouve. Si l'exception est qu'on revendique, la règle est qu'on ne revendique pas; l'exception est nécessairement de même nature que la règle, puisqu'elle a précisément pour objet de soustraire à son empire un cas qu'elle comprend.

Nous arrivons donc à dire, en interprétant la première partie de l'art. 2279 par la seconde, que la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* signifie qu'on ne revendique pas les meubles.

La tradition, qui a une grande autorité dans cette matière toute traditionnelle, confirme pleinement l'induction tirée du texte même de la loi. C'est Bourjon qui a donné à l'adage la formule que l'art. 2279 a reproduite : il se sert de cette formule pour résumer la jurisprudence du Châtelet de Paris, dont nous avons parlé tout à l'heure; c'est donc à Bourjon que notre législateur l'a empruntée, et il n'y a pas par conséquent, en dehors du texte, de plus grande autorité que la sienne pour en déterminer le sens. Or Bourjon nous dit : « En » matière de meubles, la possession vaut titre de propriété; la sûreté » du commerce l'exige ainsi ». Si la possession vaut titre de propriété, on ne peut pas plus revendiquer contre le possesseur que contre un véritable propriétaire.

Le passage de Bourjon, que nous venons de citer, indique en même temps le motif de la règle traditionnelle : « la sûreté du commerce l'exige ainsi ». Portalis n'a fait que paraphraser ces quelques mots, lorsqu'il a dit dans son discours préliminaire : On fait très sagement d'écarter des affaires de commerce les actions revendicatoires, parce que ces sortes d'affaires roulent sur des objets mobiliers qui circulent rapidement, qui ne laissent aucune trace et dont il serait presque toujours impossible de vérifier et de reconnaître l'identité ».

Reste à expliquer comment il se fait que la loi admette la revendication des immeubles et qu'elle n'admette pas en principe celle des meubles. La situation de l'acquéreur est loin d'être la même dans les deux hypothèses. Il est facile à celui qui fait l'acquisition d'un immeuble de vérifier les droits de l'aliénateur, en examinant ses titres. L'acquéreur d'un meuble n'a pas la même ressource, parce que celui avec qui il traite n'a pas ordinairement d'autre titre que sa possession, et, quand il se présente comme propriétaire, l'acquéreur est bien obligé de le croire sur parole. Dans le premier cas, l'acquéreur est donc victime d'une erreur qu'il aurait pu facilement éviter en prenant les précautions commandées par la prudence; il subira les conséquences de sa faute ou de sa négligence : l'action en revendication du propriétaire réussira contre lui. Dans le second cas, au contraire, l'erreur de l'acquéreur a été invincible, parce qu'il n'avait aucun moyen de se rensei-

gner; l'art. 2279 al. 1 vient à son aide, en lui permettant d'opposer à l'action en revendication du propriétaire une fin de non-recevoir péremptoire. Que celui-ci ne se plaigne pas ! La loi admet exceptionnellement son action en revendication, s'il a été victime d'une perte ou d'un vol. Quand donc la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* lui sera-t-elle opposable? lorsqu'il se sera volontairement dessaisi de la possession de sa chose en la remettant entre les mains d'un locataire, d'un dépositaire, d'un emprunteur..., qui l'a aliénée comme sienne et livrée à un acquéreur de bonne foi. Dans le conflit qui s'engage alors entre le propriétaire et l'acquéreur nanti, la loi donne la préférence à ce dernier, parce qu'il n'est coupable d'aucune négligence, tandis qu'on peut reprocher au revendiquant d'avoir imprudemment accordé sa confiance à qui ne la méritait pas, ainsi que l'événement l'a prouvé.

2. *Délimitation du domaine de la règle.*

1730. Nous voilà fixés sur le sens de la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre :* elle signifie qu'on ne revendique pas les meubles; le possesseur peut l'invoquer comme une exception péremptoire pour repousser l'action en *revendication* du propriétaire.

Il devient facile maintenant de délimiter le domaine de la règle traditionnelle. Son application suppose une action en *revendication* exercée par le propriétaire d'un meuble; le possesseur ne peut donc pas l'invoquer, s'il est attaqué par toute action autre qu'une action en revendication.

Ainsi tout d'abord la règle est inapplicable, toutes les fois que le possesseur d'un meuble est attaqué par une action *personnelle* en restitution. Telle est notamment la situation du dépositaire ou de l'emprunteur à usage, recherché par l'action personnelle née du dépôt ou du prêt. Telle, à plus forte raison, la situation du voleur auquel le propriétaire demande la restitution de la chose volée par l'action personnelle née du vol, *ex delicto*.

Nous rattachons au même principe cette proposition qu'on trouve formulée partout et justifiée presque nulle part, à savoir que la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* ne s'applique pas aux universalités juridiques. Je détiens en qualité d'héritier une succession mobilière, une universalité juridique par conséquent; puis-je opposer l'art. 2279 al. 1 à celui qui intente contre moi l'action en pétition d'hérédité ? Non, parce que le demandeur ne *revendique* pas contre moi; l'objet du débat est de savoir, non qui est propriétaire, mais qui est héritier; or, nous l'avons dit, la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* ne peut être opposée qu'à celui qui revendique, puisqu'elle signifie qu'on ne revendique pas.

Enfin, c'est également parce qu'elle ne constitue qu'une exception destinée à repousser une action en revendication, que la règle *En fai de meubles la possession vaut titre* demeure inapplicable aux meuble incorporels, c'est-à-dire aux créances. On ne revendique pas un créance, à proprement parler; donc il ne peut être question d'oppose au sujet d'une créance la maxime *En fait de meubles la possessio vaut titre.* D'ailleurs les motifs, qui ont fait établir la règle tradition nelle, sont tout à fait étrangers aux créances. A la différence de c qui a lieu pour le droit de propriété portant sur des meubles corpo rels, les droits de créance sont ordinairement constatés par des titres il est donc facile à celui qui fait l'acquisition d'une créance de vérifie si l'aliénateur en est bien le titulaire; on peut lui reprocher une négli gence grave, si, n'ayant pas fait cette vérification, il se trouve avoi traité avec un autre que le titulaire de la créance, et il n'a pas droi par suite au bénéfice d'une protection spéciale.

Ce que nous venons de dire des créances en général ne s'appliqu pas à celles qui sont constatées par des titres au porteur. En parei cas, le droit de créance est lié au titre qui le constate, et se transme avec lui par une simple tradition manuelle; c'est par une véritabl action en revendication que le propriétaire procèdera, s'il y a lieu contre le possesseur des titres; la règle *En fait de meubles la posses sion vaut titre* devient donc applicable comme s'il s'agissait d'un obje mobilier corporel. D'ailleurs il est impossible à l'acquéreur d'un créance, constatée par un titre au porteur, de vérifier si elle appar tient bien en réalité à l'aliénateur, et par conséquent le motif de l loi se retrouve dans cette hypothèse. Cpr. Pau, 6 avril 1886, Sir., 88 2. 14.

La règle *En fait de meubles la possession vaut titre* souffre une véri table exception en ce qui concerne les navires et autres bâtiments d mer (arg. art. 190, 195 et 196 C. co.).

Au résumé, la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* n' été écrite qu'en vue des objets mobiliers corporels, individuellemen réclamés, contre celui qui les possède, par une action en revendication ajoutons : ou par une action analogue, telle que l'action confessoir d'usufruit. Elle est donc inapplicable aux universalités juridiques elle demeure étrangère aussi aux meubles incorporels, c'est-à-dir aux créances, à l'exception de celles qui sont constatées par des titre au porteur. Une exception spéciale, admise en matière commerciale la rend inapplicable aux navires.

II. *Fondement juridique de la règle.*

1731. Ce qui vient d'être dit nous a édifiés sur le sens de la maxime *En fait d meubles la possession vaut titre* et sur son fondement *rationnel,* c'est-à-dire sur le

motifs qui l'ont fait établir et qui la justifient; recherchons maintenant quel est son fondement *juridique,* c'est-à-dire quel est le principe de droit auquel elle se rattache. Il faut bien saisir le sens de cette question. La loi permet à celui qui a acheté *a non domino* un objet mobilier corporel de s'en dire propriétaire. A quel titre? Ce n'est pas à titre d'acheteur, assurément; car la vente consentie par un autre que le propriétaire ne transfère pas la propriété, *nemo dat quod non habet.* Alors quel est donc le titre d'acquisition du possesseur? quel est le fondement juridique du droit de propriété que la loi lui reconnaît? Telle est la question proposée.

L'idée la plus simple, celle qui vient la première à l'esprit, et c'est, croyons-nous, la bonne, consiste à dire que le fondement juridique du droit que la loi reconnaît au possesseur est une prescription. Il y a seulement ici cette particularité, qu'un seul instant de possession suffit pour que la prescription soit accomplie : la prescription est *instantanée,* tandis que dans tous les autres cas il faut une possession d'une durée plus ou moins longue.

Nous disons que l'idée de prescription vient naturellement à l'esprit. La place qu'occupe l'art. 2279 a bien son éloquence : il est situé dans un chapitre intitulé *Du temps requis pour prescrire* et dans une section qui porte pour rubrique *De quelques prescriptions particulières,* et il nous apparaît ainsi comme venant couronner l'édifice de la prescription, en organisant la plus courte et la plus dure de toutes les prescriptions. — Cette induction est confirmée par les évolutions successives qu'a subie l'institution qui nous occupe. Rationnellement il n'y a pas de motif pour que la prescription ne s'applique pas aux meubles aussi bien qu'aux immeubles, et telle est en effet la règle qui a été suivie soit en droit romain, soit dans notre ancien droit français. A mesure que le commerce s'est développé et que ses exigences sont devenues plus impérieuses, on a senti le besoin d'abréger de plus en plus le délai de la prescription quant aux meubles, pour arriver enfin, dans un état de civilisation plus avancé, à le supprimer entièrement. La nature de l'institution a-t-elle changé pour cela? Comprend-on que ce soit une prescription tant qu'il existe un délai, si réduit qu'il soit, et que ce soit autre chose à partir du jour où le délai est supprimé? — Il est vrai que la prescription est, d'après la définition légale, « un moyen d'acquérir... par un certain laps de temps... », et on a prétendu qu'il y a contradiction dans les termes à parler de *prescription* INSTANTANÉE. Nous répondons qu'un instant est un laps de temps; or il faut une possession au moins d'un instant, pour invoquer la prescription instantanée, et par conséquent elle rentre parfaitement dans la définition de l'art. 2219. — Enfin la disposition de l'art. 2279 al. 1 répond tout à fait à l'idée que nous nous formons de la prescription acquisitive, qui dépouille le propriétaire au profit du possesseur, et cela pour des motifs d'intérêt général ou d'ordre public.

Malgré ces raisons, l'opinion que nous venons de développer n'a pas triomphé dans la doctrine. On dit que la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* est traditionnelle, et qu'il faut recourir à la tradition, non seulement pour en fixer le sens, mais aussi pour en déterminer le fondement juridique. Or que dit Bourjon, auquel a été empruntée la formule de l'art. 2279 al. 1, et qui en est par conséquent le meilleur interprète? « La prescription n'est d'aucune considération, elle ne peut » être d'aucun usage quant aux meubles, puisque, par rapport à de tels biens, la » simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait ». Mais il nous paraît manifeste que ces mots *la prescription n'est d'aucune considération* font allusion dans la pensée de l'auteur au délai de la prescription, et en somme il n'y a pas une aussi grande différence qu'on pourrait le croire entre dire, comme le fait Bourjon, que la prescription ne reçoit pas d'application aux meubles, ou, comme nous le faisons, qu'ils sont susceptibles d'une prescription instantanée. Le tout est de s'entendre. En tout cas, quand même Bourjon aurait eu la pensée qu'on lui prête, il était bien per-

mis à notre législateur de ne pas l'adopter, et il nous paraît en avoir manifesté l volonté d'une manière non équivoque par la place qu'il a assignée à l'art. 2279. A fond, il a eu raison. En somme, la prescription fait prévaloir le droit du possesseu sur celui du propriétaire ; qu'importe à ce point de vue que la possession soit longue courte ou même d'un seul instant ?

Il existe sur cette question un troisième système, qui peut être ainsi formulé « La règle *En fait de meubles la possession vaut titre* est la conséquence d'une pré somption de propriété attachée à la possession ». En d'autres termes, sur le fonde ment de ce fait que je suis possesseur, la loi présume l'existence d'un droit de pro priété à mon profit (arg. art. 1350-2°). — Mais immédiatement on se divise sur l point de savoir si la présomption, qui servirait de base à l'art. 2279 al. 1, est irré fragable, ou si elle est susceptible d'être combattue par la preuve contraire. L jurisprudence a consacré cette dernière solution. Ceux qui l'approuvent sont loi de s'entendre sur le point de savoir dans quelle mesure la preuve contraire e admissible.

Ainsi, en résumé, d'après un premier système, le fondement juridique de la règ *En fait de meubles la possession vaut titre* est une prescription ; d'après le secon c'est la possession qui devient ici par elle-même et par elle seule un titre d'acquis tion de la propriété ; enfin, d'après le troisième système, ce serait une présomptio légale de propriété, basée sur le fait de la possession, et sauf à discuter sur le poi de savoir si cette présomption admet ou non la preuve contraire et dans quel mesure.

Nous l'avons dit, c'est le premier système qui a nos préférences, bien qu'il n rallie pas la majorité des suffrages. Outre qu'il est plus satisfaisant au point de vu rationnel, il rend compte avec une facilité merveilleuse des diverses conditions ex gées pour l'application de la maxime *En fait de meubles la possession vaut titr* tandis qu'on ne les justifie que bien péniblement dans les systèmes dissidents. No allons passer immédiatement à l'examen de ces conditions.

III. *Conditions requises pour l'application de la règle* En fait de meubles la possession vaut titre.

1732. Il faut : 1° que la possession ait été acquise dans les cond tions déterminées par l'art. 2229 ; 2° que le possesseur soit de bon foi ; 3° que la possession soit réelle.

1733. Première condition. *Il faut que la possession ait été a quise dans les conditions déterminées par l'art.* 2229 ; elle doit do être paisible et à titre de propriétaire.

a. — La possession doit être *paisible,* en ce sens qu'elle doit avo été acquise sans violence. Il a été jugé avec raison que la possessi ne vaut pas titre, lorsqu'elle a été acquise par violences ou voies fait.

b. — La possession doit être *à titre de propriétaire.* Donc celui q possède à titre de locataire, d'emprunteur, de dépositaire, ou à to autre titre précaire, ne peut pas se prévaloir de la maxime *En fait meubles la possesion vaut titre ;* nous en avons déjà fait la remarqu *supra,* n. 1730. D'ailleurs on présume dans le doute que la possessi est a titre de propriétaire. C'est à la partie qui excipe de la précari

de la possession à en faire la preuve (art. 2230). Cass., 18 août 1884, Sir., 85. 1. 374.

Le créancier, qui, de bonne foi, a reçu en gage de son débiteur une chose n'appartenant pas à celui-ci, peut-il opposer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* au véritable propriétaire exerçant contre lui l'action en revendication ? Nous admettons l'affirmative. Le créancier gagiste ne possède à titre précaire que dans ses rapports avec le débiteur ; autre est sa situation à l'égard du propriétaire de la chose engagée. En effet, si le titre du créancier gagiste implique la reconnaissance du droit appartenant au débiteur sur la chose donnée en gage, il implique au contraire la contradiction du droit qui peut appartenir à un autre sur cette même chose; à l'égard de ce dernier, le créancier gagiste ne possède donc pas à titre précaire. Il a sur la chose un droit réel; or le droit réel est une propriété. C'est ce droit réel qu'il possède, et il le possède *animo domini :* ce qui rend l'art. 2279 applicable.

1734. La nécessité de la condition sur laquelle nous venons de nous expliquer, savoir que la possession ait été acquise dans les conditions déterminées par l'art.2229, se justifie d'elle-même dans le système que nous avons adopté, d'après lequel la disposition de l'art. 2279 al. 1 se rattache à une idée de prescription : ce qui rend applicables ici les règles générales de la prescription, sauf les dérogations établies par la loi. On la justifie très péniblement au contraire dans les systèmes dissidents.

Il va de soi aussi, dans notre système, que celui qui possède à titre précaire ne peut intervertir sa possession, à l'effet d'invoquer l'art. 2279 al. 1, que conformément aux dispositions de l'art. 2238. Cette proposition est admise aussi en général par les partisans des autres systèmes ; mais comment la justifier ?

Parmi les conditions requises par l'art. 2229, il y en a qui se rattachent à la durée de la possession, notamment la continuité et la non-interruption ; il est clair que ces conditions ne sont pas requises chez le possesseur qui invoque la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* puisqu'il s'agit d'une prescription qui s'opère en vertu d'une possession d'un seul instant. Et c'est pourquoi nous avons dit que la possession doit avoir été *acquise* dans les conditions déterminées par l'art. 2229; nous n'avons pas ajouté : *et conservée.*

1735. Deuxième condition. *Le possesseur doit être de bonne foi.* Nous induisons la nécessité de cette condition de l'art. 1141. Ce texte contient une application particulière du principe consacré par l'art. 2279 al. 1; or il ne la consacre qu'au profit du possesseur *de bonne foi.* Cpr. t. II, n. 875. Cela d'ailleurs est fondé en raison. La maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* a ses racines dans l'ordre public, c'est-à-dire dans l'intérêt général, en ce sens qu'elle protège le commerce, dont la prospérité se lie d'une manière étroite à l'intérêt social; il suffit, à ce point de vue, de venir en aide à la bonne foi. Accorder une prime à la mauvaise foi, ce serait aller en sens contraire de l'intérêt social et de l'intérêt du commerce lui-même, qui vit de bonne foi autant que de crédit.

1736. Faut-il en outre que le possesseur ait un juste titre? On l'enseigne assez généralement. Si l'on veut dire qu'en fait il n'arrivera guère que le possesseur soit de bonne foi lorsqu'il n'aura pas acquis la chose en vertu d'un juste titre, tel que vente, échange, donation, nous n'avons rien à objecter. Mais, si l'on entend exprimer cette idée que le juste titre doit exister comme condition distincte de la bonne foi,

de même que pour la prescription de dix à vingt ans (cpr. *supra,* n. 1700), alors nous disons qu'on dépasse les exigences de la loi, qui ne parle que de la bonne foi (art. 1141). Cpr. art. 2265. En d'autres termes, le juste titre ne nous paraît ici nécessaire que comme condition de la bonne foi, et, si un possesseur se trouvait être de bonne foi sans avoir un juste titre, ce qui pourrait arriver pour celui qui possède en vertu d'un titre putatif (*supra,* n. 1700), nous lui permettrions d'invoquer l'art. 2279 al. 1.

1737. Il faut et il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'entrée en possession.

Il faut que la bonne foi existe au moment où la possession commence : il ne suffirait donc pas qu'elle eût existé au moment de l'acquisition, par exemple au moment de l'achat, si elle a cessé d'exister lors de l'entrée en possession. Argument des mots *pourvu toutefois que la* POSSESSION *soit de bonne foi* de l'art. 1141 *in fine.* Ce point est cependant contesté. Cpr. Cass., 6 juillet 1886, Sir., 87. 1. 452.

Il *suffit* que la bonne foi existe au début de la possession; il importerait donc peu que le possesseur apprît, quelques instants après, que la chose appartient à autrui.

1738. TROISIÈME CONDITION. *Il faut que la possession soit réelle.* Nous tirons encore la nécessité de cette condition de l'art. 1141 (arguments des mots *en possession réelle*). Ainsi je vends à deux personnes successivement la même marchandise, qui se trouve dans un magasin dont la gestion est confiée à un employé; je remets au deuxième acheteur un *ordre de livraison :* ce qui constitue un cas particulier de délivrance (*supra,* n. 514). Ce second acheteur pourra-t-il opposer au premier la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre?* Oui, si l'ordre de livraison a été exécuté : car alors il est en possession réelle. Non, dans le cas contraire; car celui qui ne possède qu'en vertu d'un ordre de livraison n'est pas en possession *réelle.*

IV. *Exception concernant les choses volées ou perdues.*

1739. Nous reproduisons de nouveau l'art. 2279 al. 2 : « *Néanmoins* » *celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendi-* » *quer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre* » *celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours* » *contre celui duquel il la tient* ».

Le mot *Néanmoins,* par lequel cette disposition débute, indique qu'il s'agit d'une exception à la règle. Nous en avons déjà fait la remarque, et l'exception nous a même servi à déterminer le sens de la règle. Il en résulte que notre disposition doit recevoir l'interprétation restrictive; nous tirerons bientôt une conséquence de ce principe fondamental.

Cela posé, voici l'espèce prévue et réglée par la loi. Celui auquel appartient une chose mobilière en est dépouillé par un vol, ou bien il la perd. Contre le voleur ou contre l'inventeur, il peut agir pendant trente ans, ni l'un ni l'autre ne pouvant invoquer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* soit parce qu'il est attaqué par

l'action personnelle née *ex delicto* ou *quasi ex delicto* (*supra*, n. 1730), soit parce qu'il n'a pas la bonne foi. Cette proposition est certaine, bien qu'elle ne soit pas exprimée dans l'art. 2279 al. 2, qui a pu facilement se borner à la sous-entendre parce qu'elle résulte des principes généraux. Supposons maintenant (c'est le cas prévu par notre disposition) que le voleur ou l'inventeur ne soit plus en possession de la chose : il l'a transmise à un tiers. La loi dit que, s'il ne s'est pas encore écoulé trois années à compter de la perte ou du vol, le propriétaire peut revendiquer la chose contre celui dans les mains duquel il la trouve. Peu importe que le possesseur, attaqué par l'action en revendication, tienne la chose immédiatement ou médiatement du voleur ou de l'inventeur; peu importe aussi qu'il soit ou non de bonne foi. La loi ne prend en considération la bonne foi du possesseur que pour l'autoriser dans un cas particulier à réclamer du revendiquant le remboursement de son prix (art. 2280), jamais pour lui permettre de se soustraire à l'action en revendication; il a seulement son recours tel que de droit contre son auteur.

1740. Nous apercevons à présent d'une manière très claire la règle et l'exception contenues dans l'art. 2279. Le propriétaire d'un meuble corporel ne peut pas le revendiquer utilement contre un possesseur de bonne foi. Telle est la règle, qui se cache sous cette formule un peu cabalistique *En fait de meubles la possession vaut titre.* Voici maintenant l'exception. Le propriétaire est admis à revendiquer, même contre un possesseur de bonne foi, au cas de perte ou de vol.

1741. L'exception ne s'appliquant qu'à ce qui est compris dans la règle, et la règle ne concernant que le possesseur de bonne foi, nous en concluons que c'est à ce même possesseur exclusivement que l'exception s'applique. Par conséquent, contre un possesseur de mauvaise foi, tenant la chose du voleur ou de l'inventeur, l'action en revendication pourrait être exercée pendant trente ans, de même que contre le voleur lui-même ou l'inventeur. Ce point est cependant contesté.

1742. Quel est le fondement de l'exception établie par l'art. 2279 al. 2 ? La perte et le vol sont des cas fortuits qui peuvent atteindre les hommes les plus diligents; il n'y a donc en général aucune faute à reprocher à celui qui a été victime de l'un de ces événements. Ordinairement il n'en est pas de même du possesseur de la chose. Le plus fréquemment il l'aura achetée, c'est vrai; mais dans quelles conditions? La profession et la condition sociale du vendeur, souvent aussi la modicité de ses prétentions auraient dû lui inspirer quelque défiance. Un inconnu mal vêtu, de mine suspecte, m'offre de me vendre à vil prix une montre en or; m'est-il bien difficile de deviner qu'il s'agit d'un objet perdu ou volé? Si je revends moi-même cette montre après l'avoir achetée, l'acheteur, par cela seul que je ne suis pas horloger ou bijoutier de ma profession, ne doit-il pas concevoir des soupçons

à son tour? La situation du propriétaire dépouillé par le vol ou par la perte est donc en général plus intéressante que celle du possesseur, et voilà pourquoi la loi lui donne la préférence, en l'autorisant exceptionnellement à revendiquer. La preuve que telle est bien sa pensée, c'est que nous allons voir bientôt l'art. 2280 mettre à la revendication du propriétaire une condition qui équivaut presque au refus de l'action, lorsque le possesseur actuel a acheté dans des conditions qui ne lui permettaient pas de soupçonner le vice de la chose.

1743. L'exception qui nous occupe n'est établie que pour le cas de perte ou de vol, et, la disposition étant exceptionnelle, on ne saurait l'étendre en dehors de ces deux hypothèses.

La perte peut résulter, soit d'un cas fortuit, par exemple d'une inondation qui emporte au loin mes meubles, soit du fait du propriétaire, par exemple si je laisse tomber mon porte-monnaie dans la rue. La disposition de faveur de l'art. 2279 al. 2 s'applique même dans cette dernière hypothèse, bien qu'il y ait alors ordinairement quelque négligence à reprocher à celui qui est victime de la perte; la loi ne distingue pas, et peut-être a-t-elle bien fait de ne pas distinguer, parce qu'il s'agit de négligences dont tout le monde est susceptible.

Que faut-il entendre par *vol?* Ce mot a dans notre langage juridique un sens très précis, qui est déterminé par l'art. 379 du code pénal. Le vol consiste dans la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui; et, comme l'interprétation restrictive est ici de rigueur, nous en concluons que l'art. 2279 al. 2 ne saurait être étendu aux autres délits présentant avec le vol plus ou moins d'analogie. Ainsi le propriétaire d'une chose mobilière, qui a été dépouillé par suite d'un *abus de confiance,* d'une *violation de dépôt* ou même d'une *escroquerie,* pourrait se voir opposer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* par un possesseur de bonne foi contre lequel il exercerait l'action en revendication. Dans toutes ces hypothèses, le propriétaire s'est volontairement dessaisi de la possession de la chose; il a suivi la foi de celui à qui il l'a remise, et sa situation se trouve ainsi beaucoup moins intéressante que lorsqu'il a été dépouillé malgré lui par un vol. Il sera réduit à une action personnelle contre celui à qui il a trop légèrement accordé sa confiance. Les tiers possesseurs de bonne foi ne doivent pas être victimes de l'imprudence qu'il a commise. — La solution que nous venons de donner est généralement admise quant à la violation de dépôt et à l'abus de confiance (Cass., 6 juillet 1886, Sir., 87. 1, 452, et Amiens, 2 juin 1887, Sir., 87. 2. 231). Il y a de graves dissidences en ce qui concerne l'escroquerie.

1744. Le revendiquant, qui prétend bénéficier de l'art. 2279 al. 2, doit prouver le vol ou la perte qu'il allègue, *actoris est probare.* Cette preuve peut être faite par témoins, quelle que soit la valeur de la chose; car il a été impossible au revendiquant de se procurer une preuve écrite du fait à prouver (art. 1348). Les présomptions seront également admissibles (arg. art. 1353). D'ailleurs le revendiquant n'est pas obligé de prouver son droit de propriété sur la chose; il lui suffit d'établir qu'il en était possesseur au moment du vol ou de la perte. En effet la loi autorise la revendication au profit de *celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose,* et non au profit du propriétaire.

1745. Lorsque le possesseur actuel de la chose perdue ou volée est un acheteur, le revendiquant doit-il lui en rembourser le prix? Non en principe. Cela résulte de l'art. 2280, qui n'impose ce rembour-

sement que dans un cas particulier seulement, celui où le possesseur de la chose *l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles.* En semblable cas, il était bien difficile au possesseur de soupçonner au moment de son acquisition le vice dont la chose était atteinte; sa bonne foi est éclatante, parce que son erreur a été invincible, et c'est déjà beaucoup que la revendication soit autorisée contre lui, même sous l'obligation de rembourser le prix payé : ce qui pourra avoir pour résultat de lui faire perdre le bénéfice d'un bon marché.

1746. Durée du délai accordé pour la revendication des choses perdues ou volées. — Le délai est de trois ans *à compter de la perte ou du vol.* Après l'expiration de ce laps de temps, celui qui a été victime du vol ou de la perte ne peut plus invoquer le bénéfice de la disposition exceptionnelle de l'art. 2279 al. 2; la règle reprend donc son empire. C'est dire que la revendication échouera contre un possesseur de bonne foi. Et remarquez qu'il n'est pas nécessaire que le détenteur actuel possède depuis trois ans; ne possédât-il que depuis un jour, il peut invoquer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* s'il s'est écoulé plus de trois ans depuis la perte ou le vol.

Cela prouve qu'il ne faut pas considérer la fin de non-recevoir, que l'art. 2279 al. 2 permet d'opposer après trois ans au propriétaire victime de la perte ou du vol, comme le résultat d'une prescription acquisitive qui se serait accomplie au profit du possesseur ; car la prescription acquisitive exige une possession, qui se continue pendant toute la durée du délai fixé par la loi. Est-elle alors le résultat d'une prescription extinctive? On peut le soutenir avec avantage. L'opinion commune s'est formée dans un troisième sens : il s'agirait d'une simple *déchéance* résultant de la seule expiration du délai préfix établi par la loi. On en conclut que cette déchéance peut être opposée même à un propriétaire mineur ou interdit. Nous croyons que le même résultat s'impose, si l'on admet qu'il s'agit d'une prescription extinctive; c'est ce qui résulte de l'art. 2278, à l'explication duquel nous arriverons bientôt. La question présente donc peu d'intérêt pratique ; nous n'y insistons pas.

N° 2. Dispositions législatives qui sont venues compléter ou modifier les articles 2279 et 2280 du code civil.

1747. Nous mentionnerons ici deux lois importantes : la loi du 12 mai 1871 et celle du 15 juin 1872.

a. — Loi du 12 mai 1871.

1748. Son intitulé porte : *Loi qui déclare inaliénables les propriétés publiques ou privées saisies ou soustraites à Paris depuis le 18 mars dernier.* Cette loi contient cinq articles, dont les trois derniers sont des dispositions pénales. Nous nous bornons à reproduire les articles 1 et 2.

Art. 1er. *Sont déclarés inaliénables jusqu'à leur retour aux mains du propriétaire tous biens meubles et immeubles de l'Etat, du département de la Seine, de la ville de Paris et des communes suburbaines, des établissements publics, des églises, des fabriques, des sociétés civiles, commerciales ou savantes, des corporations, des com-*

munautés, des particuliers, qui auraient été soustraits, saisis, mis sous séquestre ou détenus d'une manière quelconque, depuis le 18 mars 1871, au nom ou par les ordres d'un prétendu Comité central, Comité de salut public, d'une soi-disant commune de Paris ou de tout autre pouvoir insurrectionnel, par leurs agents, par toute personne s'autorisant de ces ordres ou par tout individu ayant agi, même sans ordres, à la faveur de la sédition.

Art. 2. *Les aliénations frappées de nullité par l'article 1er ne pourront, pour les immeubles, servir de base à la prescription de dix ou vingt ans, et, pour les meubles, donner lieu à l'application des articles 2279 et 2280 du Code civil. Les biens aliénés en violation de la présente loi pourront être revendiqués, sans aucune condition d'indemnité et contre tous détenteurs, pendant trente ans à partir de la cessation officiellement constatée de l'insurrection de Paris.*

b. — Loi du 15 juin 1872.

1749. Elle est intitulée : *Loi relative aux titres au porteur,* et contient seize articles. Son commentaire détaillé nécessiterait un traité spécial ; nous n'en dirons que quelques mots.

Les titres au porteur sont des titres dangereux pour le propriétaire, pour ses ayant cause et pour la société : — *pour le propriétaire,* parce qu'ils peuvent facilement être perdus, volés ou détruits par un cas fortuit ; — *pour ses ayant cause,* parce qu'ils se prêtent à toute espèce de fraudes : notamment les titres au porteur fournissent à un débiteur un moyen facile de mettre toute sa fortune à l'abri des poursuites de ses créanciers, à un père le moyen d'avantager un de ses enfants au delà des limites de la quotité disponible ; — *pour la société,* qui est intéressée au maintien des dispositions législatives que les titres au porteur servent à éluder et qui se trouve en outre directement atteinte par les fraudes que ces titres permettent de commettre à l'égard du fisc. Ce que l'Etat perd, par suite des dissimulations que les titres au porteur facilitent dans les déclarations de successions, est incalculable !

La loi de 1872 ne s'est pas proposé de remédier à tous ces inconvénients, ainsi que permettrait de le croire son intitulé beaucoup trop général, mais seulement de fournir au propriétaire de titres au porteur, qui en est dépossédé, par quelque événement que ce soit, les moyens de se faire restituer contre cette perte (art. 1).

1750. Le premier soin du propriétaire dépossédé doit être d'adresser par exploit d'huissier une double notification, au syndicat des agents de change de Paris, d'une part, et à l'établissement débiteur, d'autre part. Cette double notification doit principalement contenir l'indication du nombre, de la nature, de la valeur nominale, du numéro et, s'il y a lieu, de la série des titres (art. 2 et 11).

La notification, adressée au syndicat des agents de change de Paris, a pour but d'empêcher la négociation et la transmission des titres (art. 12).

La notification, adressée à l'établissement débiteur, par exemple à la banque de France ou au crédit foncier, s'il s'agit d'actions émises par l'un ou l'autre de ces établissements, a pour but d'empêcher que le porteur des titres puisse toucher soit le capital, soit les dividendes ou intérêts afférents à ces titres ; elle emporte en effet opposition à tout paiement (art. 2).

« *Lorsqu'il se sera écoulé une année depuis l'opposition sans qu'elle ait été contredite, et que, dans cet intervalle, deux termes au moins d'intérêts ou de dividendes auront été mis en distribution, l'opposant pourra se pourvoir auprès du président du tribunal civil du lieu de son domicile, afin d'obtenir l'autorisation de toucher les intérêts ou dividendes échus ou à échoir, au fur et à mesure de leur exigibilité, et même le capital des titres frappés d'opposition dans le cas où ledit capital serait ou deviendrait exigible* » (art. 3).

« *En cas de refus de l'autorisation dont il est parlé en l'article 3, l'opposant pourra saisir, par voie de requête, le tribunal civil de son domicile, lequel statuera après avoir entendu le ministère public. Le jugement obtenu dudit tribunal produira les effets attachés à l'ordonnance d'autorisation* » (art. 7).

L'opposant n'est admis, en vertu de l'autorisation donnée par le président ou par le tribunal, à toucher soit le capital, soit les intérêts ou dividendes qu'à la condition de fournir à l'établissement débiteur une caution solvable ou un nantissement qui peut être constitué en titres de rentes sur l'Etat. Si l'opposant ne peut ou ne veut fournir ces garanties, il a le droit d'exiger que l'établissement débiteur verse les intérêts ou dividendes et même le capital échus, afférents aux titres frappés d'opposition, à la caisse des dépôts et consignations, d'où il a le droit de les retirer après l'expiration d'un certain délai, si son opposition n'a pas été contredite (art. 4 à 6).

Les paiements faits par l'établissement débiteur, conformément aux règles ci-dessus, le libèrent envers tout tiers porteur qui se présenterait ultérieurement, sauf le recours de celui-ci contre l'opposant (art. 9).

Si, à une époque quelconque, le porteur des titres se présente et prétend en être propriétaire, la justice statue entre lui et l'opposant.

« *Lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis l'autorisation obtenue par l'opposant, conformément à l'article 3, et que pendant le même laps de temps l'opposition aura été publiée sans que personne se soit présenté pour recevoir les intérêts ou dividendes, l'opposant pourra exiger de l'établissement débiteur qu'il lui soit remis un titre semblable et subrogé au premier. Ce titre devra porter le même numéro que le titre originaire, avec la mention qu'il est délivré par duplicata. — Le titre délivré en duplicata confèrera les mêmes droits que le titre primitif et sera négociable dans les mêmes conditions... — Dans le cas du présent article, le titre primitif sera frappé de déchéance, et le tiers porteur qui le représentera après la remise du nouveau titre à l'opposant n'aura qu'une action personnelle contre celui-ci au cas où l'opposition aurait été faite sans droit...* » (art. 15).

Il a été jugé que la loi du 15 juin 1872 est une loi de police et de sûreté, applicable à tous ceux qui négocient des titres en France, fussent-ils de nationalité étrangère, et alors même que les titres auraient été acquis à l'étranger (Paris, 14 décembre 1883, Sir., 85. 2 184), alors même aussi qu'il s'agirait de titres étrangers. Cass., 13 février 1884, Sir., 86. 2. 419. Arg. art. 3.

§ IV. *Disposition commune à toutes les prescriptions comprises dans la présente section.*

1751. « *Les prescriptions dont il s'agit dans les articles de la présente* » *section, courent contre les mineurs et les interdits ; sauf leur recours* » *contre leurs tuteurs* » (art. 2278).

Cette disposition se justifie assez facilement, en tant qu'elle s'applique aux prescriptions des art. 2271 et 2272. Comme l'a fort bien dit Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs de la loi, si un mineur exerce une des professions en vue desquelles ces prescriptions ont été édictées, il est juste qu'il demeure assujetti aux règles générales qui la régissent; puisqu'on le reconnaît capable d'exercer une profession déterminée, il faut lui reconnaître par cela même la capacité requise pour toucher les créances que l'exercice de cette profession fait naître à son profit et pour en réclamer le paiement; s'il néglige de l'exiger,

la prescription pourra lui être opposée à l'expiration du délai fixé par la loi.

Quant à la prescription de l'art. 2277, elle échappe à la règle générale de la suspension au profit des mineurs, parce qu'elle est fondée sur des considérations d'ordre public au premier chef. Il est vrai qu'au fond de toute prescription on trouve toujours plus ou moins en cause l'ordre public, c'est-à-dire l'intérêt général; à ce point de vue, on peut critiquer, comme nous l'avons déjà dit, le principe même de la suspension établie au profit des mineurs et des interdits. En bonne logique, il aurait peut-être fallu laisser ces incapables soumis au droit commun en ce qui concerne la prescription, sauf leur recours contre leur tuteur. L'intérêt des mineurs et des interdits est un intérêt privé, et tout intérêt privé doit s'effacer devant l'intérêt général.

Enfin, en supposant que l'art. 2279 al. 2 édicte une prescription, nous avons dit qu'elle court contre les mineurs et les interdits; car l'exception, établie par l'art. 2278 à la règle générale de la suspension au profit des mineurs et des interdits, comprend toutes les *prescriptions dont il s'agit dans les articles de la présente section.* Cette dernière exception se justifie par l'intérêt du commerce, qui exige que l'action en revendication d'une chose perdue ou volée soit limitée à un temps très court.

§ V. *Disposition transitoire.*

1752. « *Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du* » *présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. — Néan-* » *moins les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles il faudrait* » *encore, suivant les anciennes lois, plus de trente ans à compter de la* » *même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans* » (art. 2281).

FIN DU TOME TROISIÈME

TABLE DES MATIÈRES

Table Analytique.

LIVRE TROISIÈME

Pages

Titre V. — *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.* 1

Chapitre I. — Dispositions générales 2

Chapitre II. — Du régime en communauté. 4

1re *partie.* — De la communauté légale 28

Sect. I. — De ce qui compose la communauté activement et passivement. . . . 29

§ I. — De l'actif de la communauté. 29

§ II. — Du passif de la communauté, et des actions qui en résultent contre la communauté 55

Sect. II. — De l'administration de la communauté, et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre époux relativement à la société conjugale. 79

Sect. III. — De la dissolution de la communauté, et de quelques-unes de ses suites. 112

Sect. IV. — De l'acceptation de la communauté et de la renonciation qui peut y être faite, avec les conditions qui y sont relatives. 130

Sect. V. — Du partage de la communauté après l'acceptation. 141

§ I. — Du partage de l'actif. 141

§ II. — Du passif de la communauté, et de la contribution aux dettes 153

Sect. VI. — De la renonciation à la communauté, et de ses effets. 162

2e *partie.* — De la communauté conventionnelle, et des conventions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale 167

Sect. I. — De la communauté réduite aux acquêts 168

Sect. II. — De la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou partie 174

Sect. III. — De la clause d'ameublissement. 180

Sect. IV. — De la clause de séparation des dettes. 187

Sect. V. — De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte 194

Sect. VI. — Du préciput conventionnel. 199

Sect. VII. — Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté 205

Sect. VIII. — De la communauté à titre universel 210

Appendice. — *Dispositions relatives à la communauté légale et à la communauté conventionnelle quand les époux ou l'un d'eux ont des enfants d'un précédent mariage* 212

Pages

Sect. IX. — Des conventions exclusives de la communauté. 214
§ I. — De la clause portant que les époux se marient sans communauté. . . 214
§ II. — De la clause de séparation de biens. 218
Chapitre III. — Du régime dotal. 221
Sect. I. — De la constitution de dot. 224
Sect. II. — Des droits du mari sur les biens dotaux, et de l'inaliénabilité du fonds dotal. 234
Sect. III. — De la restitution de la dot. 266
Sect. IV. — Des biens paraphernaux. 276
Disposition particulière. 277
Titre VI. — *De la vente.* 280
Chapitre I. — De la nature et de la forme de la vente. 280
Chapire II. — Qui peut acheter ou vendre. 297
Chapitre III. — Des choses qui peuvent être vendues. 307
Chapitre IV. — Des obligations du vendeur. 314
Sect. I. — Dispositions générales. 314
Sect. II. — De la délivrance. 315
Sect. III. — De la garantie. 327
§ I. — De la garantie en cas d'éviction. 327
§ II. — De la garantie des défauts de la chose vendue. 344
Chapitre V. — Des obligations de l'acheteur. 349
Chapitre VI. — De la nullité et de la résolution de la vente. 359
Sect. I. — De la faculté de rachat. 359
Sect. II. — De la rescision de la vente pour cause de lésion. 370
Chapitre VII. — De la licitation. 378
Chapitre VIII. — Du transport des créances et autres droits incorporels. . . . 379
Titre VII. — *De l'échange.* 398
Titre VIII. — *Du contrat de louage.* 400
Chapitre I. — Dispositions générales. 400
Chapitre II. — Du louage des choses. 403
Sect. I. — Des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux. . 404
Sect. II. — Des règles particulières aux baux à loyer. 429
Sect. III. — Des règles particulières aux baux à ferme. 431
Chapitre III. — Du louage d'ouvrage et d'industrie. 437
Sect. I. — Du louage des domestiques et ouvriers. 437
Sect. II. — Des voituriers par terre et par eau. 439
Sect. III. — Des devis et des marchés. 441
Chapitre IV. — Du bail à cheptel. 449
Sect. I. — Dispositions générales. 449
Sect. II. — Du cheptel simple. 449
Sect. III. — Du cheptel à moitié. 453
Sect. IV. — Du cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou colon partiaire. 454
§ I. — Du cheptel donné au fermier. 454
§ II. — Du cheptel donné au colon partiaire. 455
Sect. V. — Du contrat improprement appelé cheptel. 456
Titre IX. — *Du contrat de société.* 456
Chapitre I. — Dispositions générales. 456
Chapitre II. — Des diverses espèces de sociétés. 462
Sect. I. — Des sociétés universelles. 462

Pages.
Sect. II. — De la société particulière. 464
Chapitre III. — Des engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers. 464
Sect. I. — Des engagements des associés entre eux. 464
Sect. II. — Des engagements des associés à l'égard des tiers. 475
Chapitre IV. — Des différentes manières dont finit la société. 476
Titre X. — *Du prêt.* 482
Chapitre I. — Du prêt à usage, ou commodat. 485
Sect. I. — De la nature du prêt à usage. 485
Sect. II. — Des engagements de l'emprunteur. 486
Sect. III. — Des engagements de celui qui prête à usage. 491
Chapitre II. — Du prêt de consommation ou simple prêt. 493
Sect. I. — De la nature du prêt de consommation. 493
Sect. II. Des obligations du prêteur. 497
Sect. III. — Des engagements de l'emprunteur. 499
Chapitre III. — Du prêt à intérêt. 499
Titre XI. — *Du dépôt et du séquestre.* 509
Chapitre I. — Du dépôt en général, et de ses diverses espèces. 509
Chapitre II. — Du dépôt proprement dit. 511
Sect. I. — De la nature et de l'essence du contrat de dépôt. 511
Sect. II. — Du dépôt volontaire. 512
Sect. III. — Des obligations du dépositaire. 513
Sect. IV. — Des obligations de la personne par laquelle le dépôt a été fait. . . 520
Sect. V. — Du dépôt nécessaire. 520
Chapitre III. — Du séquestre. 524
Sect. I. — Des diverses espèces de séquestre. 524
Sect. II. — Du séquestre conventionnel. 524
Sect. III. — Du séquestre et du dépôt judiciaire. 525
Titre XII. — *Des contrats aléatoires.* 526
Chapitre I. — Du jeu et du pari. 527
Chapitre II. — Du contrat de rente viagère. 533
Sect. I. — Des conditions requises pour la validité du contrat. 533
Sect. II. — Des effets du contrat entre les parties contractantes. 537
Titre XIII. — *Du mandat.* 542
Chapitre I. — De la nature et de la forme du mandat. 542
Chapitre II. — Des obligations du mandataire. 550
Chapitre III. — Des obligations du mandant. 552
Chapitre IV. — Des différentes manières dont le mandat finit. 556
Titre XIV. — *Du cautionnement.* 559
Chapitre I. — De la nature et de l'étendue du cautionnement. 559
Chapitre II. — De l'effet du cautionnement. 567
Sect. I. — De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution. 567
Sect. II. — De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution. 571
Sect. III. — De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs. 574
Chapitre III. — De l'extinction du cautionnement. 574
Chapitre IV. — De la caution légale et de la caution judiciaire. 577
Titre XV. — *Des transactions.* 578
Titre XVI. — *De la contrainte par corps en matière civile.* 595
Titre XVII. — *Du nantissement.* 596
Chapitre I. — Du gage. 597

Chapitre II. — De l'antichrèse 610
Titre XVIII. — *Des privilèges et hypothèques.* 619
Chapitre I. — Dispositions générales. 620
Chapitre II. — Des privilèges 625
Sect. I. — Des privilèges sur les meubles. 629
§ I. — Des privilèges généraux sur les meubles. 629
§ II. — Des privilèges sur certains meubles 636
Sect. II. Des privilèges sur les immeubles. 669
Sect. III. — Des privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles . . 681
Sect. IV. Comment se conservent les privilèges 683
Chapitre III. — Des hypothèques 703
Sect. I. — Des hypothèques légales. 717
Sect. II. — Des hypothèques judiciaires 744
Sect. III. — Des hypothèques conventionnelles 762
Sect. IV. — Du rang que les hypothèques ont entre elles. 782
Chapitre IV. — Du mode de l'inscription des privilèges et hypothèques 804
Chapitre V. — De la radiation et réduction des inscriptions. 828
Chapitre VI. — De l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs 835
Chapitre VII. — De l'extinction des privilèges et hypothèques. 866
Chapitre VIII. — Du mode de purger les propriétés des privilèges et hypothèques 878
Chapitre IX. — Du mode de purger les hypothèques, quand il n'existe pas d'inscription sur les biens des maris et des tuteurs 895
Chapitre X. — De la publicité des registres et de la responsabilité des conservateurs 900
Titre XIX. — *De l'expropriation forcée et des ordres entre les créanciers.* . 903
Chapitre I. De l'expropriation forcée 903
Chapitre II. — De l'ordre et de la distribution du prix entre les créanciers. . 911
Titre XX. *De la prescription* 911
Chapitre I. — Dispositions générales 912
Chapitre II. — De la possession. 926
Chapitre III. — Des causes qui empêchent la prescription. 941
Chapitre IV. — Des causes qui interrompent ou qui suspendent le cours de la prescription. 946
Sect. I. — Des causes qui interrompent la prescription. 947
Sect. II. — Des causes qui suspendent le cours de la prescription 956
Chapitre V. — Du temps requis pour prescrire. 970
Sect. I. — Dispositions générales 971
Sect. II. — De la prescription trentenaire. 973
Sect. III. — De la prescription par dix et vingt ans. 976
Sect. IV. — De quelques prescriptions particulières. 984

TABLE

DES ARTICLES DU CODE CIVIL

ET DES LOIS SPÉCIALES QUI S'Y RATTACHENT

avec renvoi aux divers passages où chacun de ces divers articles ou lois se trouvent expliqués.

CODE CIVIL

Articles	Pages	Numéros
1387	2-3	4-5.
1388	3-6	6-7.
1389	6-7	9.
1390	7-8	10.
1391, al. 1, 2, 3	10	14.
1391, al. 4.	22-23	32.
1392	10	13.
1393	10-11	15.
1394, al. 1.	12-13	17.
1394, al. 2.	22-23	32.
1395	13-14	18.
1396	15-16	21-22.
1397	17-18	23.
1398	18-22	25-30.
1399	26-27	37.
1400	28	39.
1401	29-35	44-49.
1402	55	81.
1403, al. 1.	32-33	47.
1403, al. 2.	34	48.
1403, al. 3.	33	47.
1404	35-37, 38-39	50-51, 57.
1405	40	58.
1406	40	60.
1407	42-43	61.
1408	48-53	72-78.
1409	57-69	83-101.
1410	59-60	86-87.
1411	71	105.
1412, al. 1.	71	105.
1412, al. 2.	76	109.
1413	76-77	109.
1414	71-72	105-106.
1415	73	106.
1416, 1417.	77-78	110.
1418	78	111.
1419	64	95.
1420	65	97.
1421	79-80	114.
1422	80-83	115-119.
1423	83-85	120-121.
1424	85-86	122-123, 126.
1425	85-86	122-123.
1426	83	124.
1427	87-88	125.
1428	88-92	127-132.
1429-1430.	92-96, 240	133-137, 376.
1431-1432.	103-104	150 à 152.
1433	96-99	139-141 *bis*.
1434-1435.	43-48	62-71 *bis*.
1436	99-100	142.
1437	100-102	143-148.
1438	108-109	159.
1439	106-107	157.
1440	111-112	163-164.
1441	112-113	165.
1442	113-115	166-168 *bis*.
1443	115-116	169-171.

Articles	Pages	Numéros
1444	120-121	179.
1445, al. 1.	121	180.
1445, al. 2.	121-124	182-183.
1446	116-117	172.
1447	120	177-178.
1448	126-127	187.
1449	124-126	184-186.
1450	127-128	189.
1451	128-130	190-192.
1452	130	193.
1453	130-132	194-197.
1454	132-133	198.
1455	134-136	200-202.
1456	136-139	204-207.
1457	137, 138, 139	204, 207, 208.
1458	137	204.
1459	137-139	206-207.
1460	133	198.
1461-1462	139-140	209.
1463	133-134	199.
1464	136	203.
1465	140	210.
1466	139	209.
1467	141	211.
1468-1469	142-144, 105	214-216, 153.
1470	144, 148, 105	217, 224, 153.
1471-1472	145-148	218-224.
1473	104-105	153.
1474	149	225.
1475	150-151	227-228.
1476	148-149	225.
1477	151-152	229.
1478	152	230.
1479	104-105	153.
1480	152	230.
1481	152-153	231.
1482	154	234.
1483	158-161	239-243.
1484	156	236.
1485-1486	156-157	237.
1487	157	238.
1488-1489	161-162	244.
1490, al. 1.	154-155	234.
1490, al. 2.	161-162	244.
1491	162	244.
1492	162-163	245.
1493	164-165	247.
1494	163-164	246.
1495	165-166	248-249.
1496	212-214	324-325.
1497	167	251.
1498	168-173	252-257.
1499	173	257.
1500	174-178	258-266.
1501	178	267.
1502	179	267.
1503	178	266.
1504	179-180	267.
1505	180-181	268-270.
1506	181, 184	271, 276.
1507, al. 1, 2	182, 185	273, 278.
1507, al. 3.	183	274, 276.
1508	183-184, 185	275-276, 279.
1509	182, 187	273, 281.
1510	188-190	284-287.
1511	190-191	289.
1512	188-189	285.
1513	190-194	290-293.
1514	194-198	294-298.
1515	199-201	300-302.
1516	201	303.
1517	202	304.
1518	202-205	305-310.
1519	199-200, 201	301, 302.
1520	205	311.
1521	206-207	313-314.
1522	207	315.
1523	207	315.
1524	207-208	316.
1525	208-210	317-320.
1526	210-211	321-322.
1527 al. 1, 2.	168, 211	251, 323.
1527, al. 3.	212-214	324-325.
1528	168, 211	251, 323.
1529	214	326.
1530-1531	216-217	333.
1532	215	331.
1533	217	333.
1534	217-218	334.
1535	218	335.
1536	220	338.
1537	219	337.
1538	220	338.
1539	220-221	339-340.
1540	223	344.
1541	223-224	345.
1542	224-226, 231-233	348-350, 360-363
1543	226-227	351-352.

Articles	Pages	Numéros
1544	228-229	354-357.
1545-1546	229-230	358.
1547-1548	230	359.
1549	238-242	374-379.
1550	243	382.
1551	236-237	370.
1552	237-238	371-372.
1553	235-236	368-369.
1554	244-247,262-266	383-386,417-420
1555	248, 249	389, 391.
1556	248-249	390-391.
1557	247-248	388-388 *bis*.
1558	249-253	392-398.
1559	253-255	399-400.
1560	256-262	404-416.
1561	255-256,259-261	402-403,414-415
1562, al. 1.	242	381.
1562, al. 2.	241	377.
1563	241	378.
1564-1565	271-272	434-436.
1566	268-269	425-429.
1567	267	424.
1568	242	380.
1569	269-270	431.
1570	274-275	440.
1571	272-273	437.
1572	275	441.
1573	276	442.
1574	224, 276	346, 443.
1575-1580	276-277	443.
1581	277-280	444-444 *ter*.
1582, al. 1.	281, 282	446, 448.
1582, al. 2.	295	476.
1583	282	447.
1584	289	465.
1585-1586	289-293	466-471.
1587	293	472.
1588	293-294	473.
1589	283-284	452.
1590	286-287	459-461.
1591-1592	288-289	464.
1593	295-296	477.
1594	297	479.
1595	297-303	480-489 *bis*.
1596	303-305	490-491.
1597	305-307	492-495.
1598	307-308	496-497.
1599	308-314	500-506.
1600	308	498.
1601	308	499.
1602	314-315	507.
1603	315	508.
1604	315	509.
1605	316	511.
1606	317	512.
1607	317	513.
1608	318	515.
1609	318	516.
1610-1611	320	518.
1612-1613	318-320	517.
1614	320-321	519-520.
1615	321	521.
1616	322	522.
1617	322	524.
1618	323	525.
1619	324-326	527-528, 530.
1620	324-326	527-528.
1621-1623	326	529.
1624	327	531.
1625	327	532.
1626	328-331	534-544.
1627	342-343	559.
1628	343	560.
1629	343-344	561.
1630	335-337	546-550.
1631-1632	335-336	549.
1633	337-338	551-552.
1634-1635	338-339	553.
1636	340	555.
1637	340-341	556.
1638	341-342	557-558.
1639	338	552.
1640	333-334	543.
1641-1643	344-345	562.
1644-1646	346-347	564.
1647	347	566.
1648	347	565.
1649	346	563.
1650	349-350	568-569.
1651	350-351	569.
1652	351-352	571.
1653	351	570.
1654	352-354,354-356	572-574,576-577
1655	354	575.
1656	355	576.
1657	357-359	579-580.
1658	359	581.
1659	359-361	582-585.

Articles	Pages	Numéros
1660	361	586.
1661	362	588.
1662	362-364	589.
1663	362	587.
1664	364-365	591.
1665	365	592.
1666	364	590.
1667-1672	368-370	598.
1673	365-368	593-597.
1674	370-375	599-604.
1675	375	605.
1676	374-375	608-609.
1677-1680	375	610.
1681	376, 377-378	611-612, 615.
1682	376-378	612-616.
1683	374	607.
1684	375-376	606.
1685	378	617.
1686-1688	378-379	618-619.
1689	380-381	623.
1690	381-385	623-631.
1691	382-383	628.
1692	385-386	632.
1693	386-388	634-635
1694-1695	388-390	638.
1696	390	640.
1697	391	642.
1698	391-392	643-645.
1699	395-396	649-650.
1700	394-395	647-648.
1701	397-398	652.
1702-1703	398-399	653.
1704-1705	399-400	654.
1706	400	655.
1707	399	654.
1708-1710	401	657.
1711	401-402, 443	657, 730.
1712	402	657.
1713	403	660.
1714	404	663.
1715	405	664.
1716	406	665.
1717	420-423	692-695.
1718	404	661.
1719	407	666.
1720, al. 1	407	667.
1720, al. 2	408	670.
1721	407-408	668-669.
1722	408-409	670.
1723	409-410	672.
1724	410	673.
1725	411	675.
1726	412	677.
1727	411-412	676.
1728	414	680-681.
1729	415	682.
1730	415-416	684.
1733	416-417	685.
1734	417-420	686-691.
1735	416	684.
1736-1737	423-425	697-698.
1738-1740	425-426	700.
1741	426	701.
1742	427, 436	702, 717.
1743	427, 428, 429	702, 703, 704.
1744-1751	427-428	702.
1752	429-430	705.
1753	422-423	694.
1754-1756	430	705.
1757-1758	430	706.
1759	431	707.
1760	431	708.
1761-1762	431	709.
1763-1764	436-437	717.
1765	431	711.
1766-1768	433-434	714.
1769-1773	431-433	712-713.
1774-1776	434-435	715.
1777-1778	435-436	716.
1779	437	718.
1780	437-438	719.
1781	438	720.
1782	440	723.
1783	440	724.
1784	440-441	725.
1785-1786	441	726.
1787	443	729.
1788	443	730.
1789-1791	443-444	731.
1792	445	734.
1793	447	740.
1794-1796	447-448	741.
1797	444	732.
1798	448-449	742.
1799	442-443	728.
1800	449	744.
1801	449	745.
1802	449	744.

Articles	Pages	Numéros
1803	449	745.
1804	449-450	746.
1805	450	748.
1806-1807	451	749.
1808-1810	451-452	749.
1811	452	750.
1812	450	747.
1813	453	752.
1814	450	746.
1815-1816	453	751.
1817	450-451	748.
1818-1820	453-454	753.
1821-1826	454-455	754.
1827-1830	455	755.
1831	456	756.
1832	456-461	758-761.
1833	456-458	758-759.
1834	461-462	762-763.
1835	462	764.
1836	462	765.
1837	462-463	766.
1838-1839	463	767.
1840	464	768.
1841-1842	464	769.
1843-1844	464	770.
1845, al. 1.	465	771.
1845, al. 2.	468	776.
1846	466	772.
1847	468	775.
1848-1850	469	777.
1851	467-468	774.
1852	469	778.
1853	472-473	783.
1854	472	782.
1855	470-472	779-781.
1856	473-474	785.
1857-1858	474	785.
1859-1°	474	786.
1859-2°	469	778.
1859-3° et 4°	474	786.
1860	474-475	786.
1861	470	778.
1862	476	788.
1863	475	787.
1864	476	787.
1865	476	790.
1866	477	791.
1867	479-480	796.
1868	478-479	794.
1869-1870	480	797.
1871	480	798.
1872	481	799.
1873	456	757.
1874	484	803-804.
1875	485	805.
1876	486	809.
1877	486	807.
1878	485-486	807.
1879	485	806.
1880	486-487	811.
1881	489-490	816.
1882	489	815.
1883	488	814.
1884	488	813.
1885-1886	491-492	819.
1887	487	812.
1888-1889	491	818.
1890	491	819.
1891	492	820.
1892-1893	493-494	822.
1894	494	822.
1895-1897	495	823.
1898	497-498	829.
1899-1900	498	829.
1901	498	830.
1902-1904	499	831.
1905	500	832.
1906	500	833.
1907	502	835.
1908	501	834.
1909	505	839.
1910	505	840.
1911	506-507	841-842.
1912-1913	507	843.
1914	506	840.
1915	509	848.
1916	511	848 *bis*.
1917	511-512	849.
1918	511	849.
1919	510	848.
1920	512	851.
1921	512, 521	852, 869.
1922	514	854.
1923	514-515	855.
1924	515	855.
1925	513-514	853.
1926	514	853.
1927	515	858.

Articles	Pages	Numéros
1928	516	858.
1929	516	858.
1930	516-517	859.
1931	517	860.
1932	517	861.
1933-1936	518	861.
1937	518	862.
1938-1941	518	862.
1942-1944	519	863.
1945	519-520	864.
1946	520	865.
1947-1948	520	866.
1949	521	869.
1950-1951	521	870.
1952	521-522	871.
1953	522-524	872-875.
1954	523	872.
1955	524	876.
1956	524-525	877.
1957-1960	525	878.
1961	525	879.
1962-1963	526	879.
1964	526-527	880-880 *bis*.
1965	528	881 *bis*.
1966	529	885.
1967	528-529	882.
1968	534-535	890.
1969-1970	533	889.
1971-1972	535	892.
1973	523-524	889.
1974-1975	536-537	893.
1976	537	894.
1977	537-538	896.
1978	539	899.
1979	539	898.
1980	540	901.
1981	541	903.
1982	540	901.
1983	538-539	898.
1984	542-543	905.
1985, al. 1.	547	912.
1985, al. 2.	543	905.
1986	544-545	908.
1987	548	915.
1988-1989	549	915.
1990	545	909.
1991, al. 1.	550	917.
1991, al. 2.	557	935.
1992	550	918.
1993	552	922.
1994	551-552	920-921.
1995	550	919.
1996	552	922.
1997	554-555	927.
1998	554	926.
1999	553, 554	924, 925.
2000-2001	553	924.
2002	555	929.
2003-2004	556	930.
2005	557	933.
2006	556-557	932.
2007	557	934.
2008-2009	558-559	939.
2010	557	935.
2011	559-560	942.
2012	562-563	950.
2013	564	952.
2014, al. 1	562	947.
2014, al. 2	563	951.
2015, 1re p.	561	946.
2015, 2e p.	564	953.
2016	564-565	953.
2017	559	942.
2018	565-566	956.
2019	566	956.
2020	566-567	958.
2021-2022	568	961.
2023	568-569	963.
2024	569	964.
2025	569	965.
2026	569-570	965-966.
2027	570	967.
2028	571-572	969-970.
2029-2030	572-573	971.
2031	573	972.
2032	573-574	973.
2033	574	974.
2034-2035	576	978.
2036	575	976.
2037	576-577	979.
2038	575	977.
2039	577	980.
2040, al. 1	577	981.
2040, al. 2	578	982.
2041	577	981.
2042-2043	578	982.
2044, al. 1	579-580	984.
2044, al. 2	584	991.

Articles	Pages	Numéros
2045	580-583	986-990.
2046	583	990.
2047	587	996.
2048-2051	586-587	995.
2052, al. 1.	585-586	993.
2052, al. 2.	590	1002.
2053	590-591	1003.
2054	591-592	1004.
2055	592-593	1005.
2056	593	1006.
2057	593-594	1007.
2058	594	1008.
2059-2070	595-596-797-798	1010-1012, 1353
2071	596-597	1014.
2072	597	1016.
2073	598	1021.
2074	599-601	1022-1024.
2075	599, 601	1022, 1025.
2076	599, 601	1022, 1026.
2077	597	1015.
2078	602-603, 613-614	1027, 1045.
2079	608	1035.
2080, al. 1.	609	1037.
2080, al. 2.	607-608	1034.
2081	608	1035.
2082, al. 1.	603-604	1029.
2082, al. 2.	605	1031.
2083	604-605	1030.
2084	609-610	1038.
2085	611-612	1040-1042.
2086	615	1049.
2087, al. 1.	612	1043.
2087, al. 2.	615	1049.
2088	612	1044.
2089	612	1042.
2090	612	1043.
2091	614	1047.
2092	620-622	1059-1060.
2093	622	1062.
2094	622-623	1062.
2095	625	1063.
2096	626, 699-704	1064, 1186-1190
2097	625-626	1064.
2098	626-627	1065.
2099	628	1068.
2100	629	1071.
2101	629-636, 807	1072-1081, 1374 *bis*.
2102	636-669	1082-1134.
2103	669-681	1135-1156.
2104	681-682	1157.
2105	682-683	1158.
2106	684, 699-704	1160, 1186-1190.
2107	685	1162.
2108	686-687	1167-1168.
2109	687-690, 843	1169-1172, 1440.
2110	690-692	1173-1175.
2111	693-699	1178-1185.
2112	709	1191.
2113	702	1189.
2114	627, 705-709	1066, 1192-1198.
2115-2116	709	1199.
2117	709, 762	1199, 1279.
2118	709-715	1200-1217.
2119	715-716	1217-1218.
2120	716-717	1220.
2121	717-739	1222-1249.
2122	740-744	1250-1253.
2123	744-762	1254-1278.
2124	765-767	1286-1290.
2125	764-765	1285.
2126	767	1291.
2127	776-779	1312-1318.
2128	779-780	1319.
2129	768-771	1293-1298.
2130	771-772	1300-1302.
2131	772-774	1303-1308.
2132	775-776	1309-1312.
2133	780-781	1323.
2134	783-785	1327-1328.
2135	785-796	1329-1349.
2136	797-798	1352-1353.
2137	798	1354.
2138	799	1355.
2139	799	1356.
2140	800-801	1359-1362.
2141-2142	801-802	1363.
2143	802-803	1365.
2144	803	1366.
2145	802-803	1365.
2146	804-813	1369-1385.
2147	784	1327.
2148	813-818	1387-1389.
2149	816	1388.
2150	814	1387.
2151	820-824	1395-1401.
2152	815	1388.
2153	818-819	1390.

Articles	Pages	Numéros	Articles	Pages	Numéros
2154	824-828	1402-1410.	2206-2207	905-906	1562.
2155	819-820	1391-1392.	2208	910	1571.
2156	828	1411.	2209	906	1563.
2157	828, 832, 833	1414, 1421, 1422	2210, al. 1	906-907	1564.
2158	829-830	1417.	2210, al. 2	911	1572.
2159	831-832	1420.	2211	911	1572.
2160	830	1418.	2212	907-908	1565.
2161-2162	833-834	1424.	2213	908	1567.
2163-2164	834-835	1425.	2214	909-910	1570.
2165	834	1424.	2215	909	1568.
2166	836	1427.	2216	909	1569.
2167-2168	849-851	1454-1456.	2217	911	1573.
2169	856, 858, 844	1467, 1473, 1442	2218	911	1574.
2170	846-847	1445-1447.	2219	912	1576.
2171	847	1448.	2220	917-920	1584-1588, 1
2172	853-855	1460-1465.	2221	920	1589.
2173	854, 852-853	1462, 1459.	2222	921	1591.
2174	855	1466.	2223	922	1592.
2175	859-860	1476.	2224	922-923	1593.
2176	860-861	1477.	2225	923-925	1595-1598.
2177, al. 1	861-863	1478-1481.	2226	917	1582-1583.
2177, al. 2	852	1459.	2227	923	1594.
2178	863-864	1482-1483.	2228	926-927	1601.
2179	851	1457.	2229	929-937	1605-1621.
2180	866-878	1491-1511.	2230-2231	934	1615.
2181	878-884	1514-1524.	2232	934-936	1617-1619.
2182	884	1525.	2233	930-931	1608-1609.
2183	884-887	1526-1528.	2234	930	1607.
2184	886	1527.	2235	937-941	1622-1626.
2185	888-891	1533-1536.	2236	941-942	1628-1629.
2186	888	1531.	2237	942	1630.
2187	891	1537.	2238	944-945	1632.
2188	894	1542.	2239	942	1630.
2189	893	1539.	2240	942-943	1630.
2190	892-893	1538.	2241	945	1632.
2191	893	1541.	2242	947	1635.
2192	895	1544.	2243	947, 953-955	1636, 1649-165
2193	895	1545.	2244	948-952, 953-955	1638-1644, 1649-
2194	896-898	1547.	2245	949-950	1640.
2195	898-899	1548.	2246	950	1641.
2196	901	1554.	2247	950-951	1642.
2197	902	1556.	2248	952-953	1645-1648.
2198	866	1488.	2249	955-956	1653.
2199	902	1554.	2250	956	1654.
2200	900-901	1551.	2251	957-959	1655-1659.
2201	901	1552.	2252	960-961	1662-1663.
2202-2203	903	1557.	2253	964	1666.
2204	904	1560.	2254	962	1664.
2205	904-905	1561.	2255	962, 260	1665, 415.

Articles	Pages	Numéros	Articles	Pages	Numéros
2256	962-964	1665.	2269	980-981	1699.
2257	966-970, 990	1671-1678, 1713	2270	445-447	735-739.
2258	964-966	1667-1669.	2271	984-985	1707.
2259	966	1670.	2272	985-987	1708.
2260	971-972	1680-1681.	2273	987	1709.
2261	971	1680.	2274	989-992	1713-1714.
2262	973-974	1682-1685.	2275	988-989	1711-1712.
2263	974-975	1686.	2276	992	1716.
2264	975-976	1687.	2277	993-998	1717-1726.
2265	976	1688-1705.	2278	1011-1012	1751.
2266	982-983	1703.	2279	998-1011	1727-1750.
2267	978-979	1693.	2280	999, 1009	1728, 1745.
2268	980	1698.	2281	1012	1752.

LOIS DIVERSES

Dates des lois.	*Objet.*	*Pages.*	*Numéros.*
Loi du 22 frimaire an VII.	Enregistrement.		
Art. 60		356, 368.	577, 597.
Art. 68 § 1 n° 24		295.	475.
Art. 68 § 1 n° 45		588.	998.
Art. 68 § 4		852.	1459.
Loi du 25 nivôse an XIII.	Cautionnement de certains fonctionnaires publics	666.	1133.
Loi du 3 septembre 1807.	Inscriptions hypothécaires en vertu de jugements rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligations sous seing privé	757-758.	1270-1271.
Loi du 3 septembre 1807.	Taux de l'intérêt de l'argent	502-505, 390.	836-838 *bis*, 638.
Loi du 5 septembre 1807.	Droits du Trésor public sur les biens des comptables.	739.	1248.
Loi du 21 avril 1810.	Mines.		
Art. 8, 18 et 19		711-712.	1204.
Art. 5, 16 et 19		33.	47.
Loi du 28 avril 1816, art. 44-3°.	Finances, enregistrement, timbre	295.	475.
Loi du 21 février 1827.	Dispensant le Trésor public de fournir caution	891.	1535.
Loi du 30 juin 1838, art. 34.	Aliénés	737.	1244.
Loi du 3 mai 1841.	Expropriation pour cause d'utilité publique.		
Art. 13		240, 255.	375, 401.
Art. 17		865.	1485.
Art. 25, 28		240.	375.
Loi du 21 juin 1843.	Forme des actes notariés.	12, 777, 780.	17, 1313, 1321
Loi du 10 juillet 1850.	Contrats de mariage	22-23.	32.
Loi du 19 décembre 1850.	Usure	503-504.	837-838.
Loi du 28 février 1852.	Sociétés de crédit foncier.	879.	1515.
Loi du 10 juin 1853.	Id.	879.	1515.
Loi du 23 mars 1855.	Transcription.		
Art. 1-4°		893.	1539.
Art. 2		429, 611, 615.	704, 1041, 104
Art. 3		429, 611, 806.	704, 1041, 137
Art. 4		357.	578.
Art. 6, al. 1		806, 839-849, 889.	1373, 1432-1434, 15
Art. 6, al. 2		840 843, 865-866,	1436-1440, 14

Dates des lois.	*Objet.*	*Pages.*	*Numéros.*
Art. 7	.....	357, 812-813.	578, 1385,
Art. 8	.....	794-796, 811, 865.	1343-1348, 1381, 1485.
Art. 9	.....	712-720.	1233-1241.
Art. 11, al. 5	.....	780-781.	1349.
Loi du 23 mai 1863.	Gage commercial	609-610.	1038.
Loi du 22 juillet 1867.	Abolition de la contrainte par corps	250, 578, 595-596.	393, 982, 1010-1012,
Loi du 2 août 1868.	Abrogation de l'art. 1781.	438.	720.
Décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870.	Péremption des inscriptions	827.	1408.
Loi du 12 mai 1871.	Inaliénabilité des propriétés publiques ou privées soustraites à Paris pendant la commune		1748.
Loi du 26 mai 1871.	Péremption des inscriptions	827.	1408.
Loi du 16 septembre 1871.	Finances.		
Art. 29, al. 1 et 2	.....	47, 235.	71 *bis*, 369.
Loi du 12 février 1872.	Privilège du bailleur au cas de faillite du preneur	620, 646 à 648.	1058, 1098.
Loi du 15 juin 1872.	Titres au porteur perdus ou volés	1010-1011.	1749-1750.
Loi du 23 décembre 1874.	Protection des enfants du premier âge	633.	1078.
Loi du 5 janvier 1875.	Modifiant l'art. 2200	900-901.	1551.
Loi du 9 avril 1881, art. 6.	Caisse d'épargne postale	66-67.	97 *ter*.
Loi du 5 août 1881.	Relative à la fixation de la prescription pour la taxe des actes notariés.		
Art. 1	.....	992-993.	1716 *bis*.
Art. 2 et 4	.....	987-988.	1709 *bis*.
Loi du 5 janvier 1883.	Modifiant l'art. 1733	417-420.	686-691.
Loi du 2 août 1884.	Vices rédhibitoires	348-349.	567.
Loi du 28 mars 1885.	Jeux de bourse	530-533.	886-886 *ter*.
Loi du 10 juillet 1885.	Hypothèque maritime	780.	1320.
Loi du 13 janvier 1886.	Taux de l'intérêt de l'argent	504-505.	838-838 *bis*.
Loi du 20 juillet 1886.	Caisse nationale des retraites pour la vieillesse		
Art. 8	.....	541.	903.
Art. 13	.....	67.	97 *ter*.
Loi du 13 février 1889.	Portant modification de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855	620, 724, 730-736, 866.	1058, 1232, 1238 *bis*, 1239, 1241-1241 *bis*, 1489.

Dates des lois.	*Objet.*	*Pages.*	*Numéros.*
Loi du 19 février 1889.	Relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances.		
Art. 1.....	.....	646, 648-649.	1097 *bis*, 1098 *b*
Art. 2, 3 et 4.....	.....	623-625.	1062 *bis*.
Loi du 4 mars 1889.	Portant modification à la législation des faillites..		
Art. 5 al. 2	.....	806-807.	1374.
Art. 2.....	.....	807-808.	1374 *bis*.

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LES TROIS VOLUMES (1)

Les chiffres romains renvoient aux volumes, et les chiffres arabes aux **numéros.**

Abandon. De la propriété *(derelictio)*, II, 9, 16. De la mitoyenneté, I, 1495, 1496. De l'immeuble grevé d'une rente foncière, I, 1249. Des biens soumis à un droit d'usufruit, I, 1375. De l'héritage grevé d'une servitude réelle, I, 1572. Des biens dépendant d'une succession bénéficiaire, II, 202. Des biens dépendant d'une succession vacante, II, 216. De la quotité disponible en pleine propriété au cas de libéralités faites en usufruit ou en rente viagère, II, 421 à 423. Des biens donnés entre vifs pour se soustraire aux charges de la donation, II, 506-3°. Des biens formant l'objet d'une substitution, II, 707-3°. De l'animal qui a causé un dommage (abandon noxal), II, 1355. De l'immeuble grevé d'un privilège ou d'une hypothèque (délaissement), III, 1458. De l'immeuble remis à titre d'antichrèse, III, 1049.

Abandonnement (Contrat d'), II, 1073, 1074.

Abeilles. Immeubles par destination, I, 1224. Droit de poursuite, I. 1548.

Abrogation de la loi. I, 42, 43, 26.

Absence. Notions générales, I, 326. *Effets de l'* — quant au patrimoine délaissé par l'absent au jour de sa disparition. Présomption d'absence, I, 329. Déclaration d'absence, I, 337. Envoi en possession provisoire, I, 346. Droit d'option du conjoint de l'absent, I, 367. Envoi en possession définitif, I, 376. *Effet de l'* — quant aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent, I, 388 ; quant au mariage, I, 394 ; quant à la puissance paternelle et à la tutelle des enfants, I, 399 à 406. Fin de l' —, I, 382. *Spécialités.* Autorisation maritale, I, 397, 640-4°. Jouissance légale, I, 401, 975. Action en désaveu, délai, I, 841. Partage, II, 225, 226, 227. Révocation de donation par survenance d'enfant, II, 530, 534. Dissolution de la communauté entre époux, III, 165. Restitution de la dot, III, 421. Rescision d'une vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes, III, 608. Transaction, III, 987.

Abus de confiance. Preuve, I, 873. Prescription instantanée des meubles, III, 1743.

Abus de jouissance. Usufruit, I, 1399. Louage de choses, III, 682. Gage, III, 1037.

Acceptation en général. Offre ou pollicitation, II, 797. Stipulation pour autrui, II, 826. Remise de dette, II, 1097. Confirmation, II, 1241. Aveu, II, 1295, 1303. Congé de bail, III, 698. Mandat, III, 905. Cession de créance, III, 623.

Acceptation de communauté. Communauté légale, III, 194. Communauté d'acquêts, III, 257. Société d'acquêts, III, 444 à 444 *ter*. Préciput conventionnel, III, 308. Hypothèque légale de la femme mariée, III, 1252, 444 à 444 *ter*.

Acceptation de donation. Donation, entre vifs, II, 357, 462 et s., 470 et s. Partage d'ascendant, II, 716. Donation par contrat de mariage, II, 737. Donation entre époux par contrat de mariage, II, 757. Donation entre époux pendant le mariage, II, 761.

Acceptation de succession. En général, II, 147 et s. Pure et simple, II, 142, 150 et s. Expresse, II, 151. Tacite, II, 153 et s., 196. Sous bénéfice d'inventaire, II, 191 et s., 197 et s. Séparation des patrimoines résultant de plein droit de l' — bénéficiaire, II, 200 et s., 1137. Rescision de l' — II, 158 et s.

Accession. I, 1267. Des choses dont on est propriétaire par droit d' — I, 1267 à 1301. De l' — considérée comme moyen d'acquérir, II, 3. Communauté légale, III, 56.

Accession de possessions. III, 1622 à 1626.

Accessoires. I, 1206-4°. Propriété, I, 1267 à 1301. Usufruit, I, 1327. Legs, II, 615 à 616. Compensation, II, 1124. Preuve testimoniale, II, 1262. Vente III, 521.

(1) Cette table a été dressée par les soins de mon excellent collègue et ami M. Aug. Ribéreau, professeur de Droit commercial à la Faculté de Bordeaux.

Cautionnement, III, 953. Privilège du voiturier, III, 1130. Privilège du vendeur d'immeuble, III, 1143.

Accroissement (Droit d'). Entre cohéritiers, II, 175, 176. Entre colégataires, II, 660 et s. Retour légal ou successoral, II, 89. Réserve, II, 416. Substitutions fidéicommissaires, II, 683. Cession d'hérédité, III, 642. Usufruit, I, 1307.

Acquêts. *De succession.* Ancienne distinction des propres et des —, II, 63 à 65. *De communauté.* Communauté légale, III, 49, 81. Communauté réduite aux —, III, 252. Société d' —, III, 444.

Aquiescement. Différence avec la transaction, III, 984. Divorce, I, 708 *bis*.

Acquisition de la propriété (Modes d'). Enumération, II, 3. Division, II, 17.

Acte authentique. Définition, II, 1180. Solennités requises, II, 1180. Force probante, II, 1183 à 1188. Force exécutoire, II, 1189. Copies des —, II, 1236.

Acte confirmatif, II, 1237, 1240 et s. V. *Confirmation.*

Actes conservatoires. V. *Mesures conservatoires.*

Actes d'administration. Tuteur, I, 1058. Mineur émancipé, I, 1134 à 1136. Mari, III, 114, 127 et s., 333, 374 et s. Femme, 184 à 186, 338 à 340, 443.

Acte de commerce. V. *Matière commerciale.*

Actes de l'état civil, I, 224 et s. V. *Etat civil.*

Acte de notoriété. Mariage, I, 435.

Actes extrajudiciaires. Autorisation maritale, I, 630.

Actes solennels.

Acte instrumentaire. Définition et divisions, II, 1179.

Actes judiciaires. Autorisation maritale, I, 627 et s. Hypothèque judiciaire, III, 1269 et s.

Acte juridique *(negotium juridicum).* Acte d'héritier, acceptation de succession, II, 153 à 157. Partage, II, 222, 223, 228.

Acte notarié. V. *Acte authentique.*

Acte primordial, II, 1238.

Acte respectueux. Mariage, I, 432 à 436, 516. Adoption, I, 938, 939.

Acte récognitif, II, 1237 à 1239.

Acte sous seing privé. Définition, II, 1191. Forme, II, 1191 et s. Double original, II, 1194 à 1204. Approuvé ou bon pour, II, 1205 à 1212. Force probante, II, 1213 et s. Copie des — II, 1236, *Spécialités.* Testament olographe, II, 553 et s. Procuration, III, 912. Inscription hypothécaire, III, 1387. V. *Date certaine.*

Action *(en justice),* I, 1203, Nature mobilière ou immobilière, I, 1233, 1239. Demeure, II, 885. Intérêts moratoires, II, 900 à 902. Anatocisme, II, 903 à 906. Communauté légale, III, 129. Régime dota III, 374, 375. Jeu et pari, III, 881 et Prescription, III, 1639 à 1642, 1649.

Action civile, I, 569, II, 1349, 135 Autorisation maritale, I, 628, 629. Tra saction, III, 990. V. *Réparations civile*

Action confessoire. Usufruit, 1335. Communauté légale, III, 129 Preuve, II, 1176.

Action de in rem verso. Accordé contre un incapable pour l'empêcher d s'enrichir aux dépens d'autrui à la fa veur de son incapacité, I, 633, II, 102 1025, 1172, 1334, III, 909. Paiement fa par un tiers, II, 1018. Communauté, II 126. Société, III, 787. Cautionnement, II 969. Tiers détenteur, III, 1476.

Actions de la Banque de France Meubles, I, 1240. Immobilisation, I, 123 Privilège du vendeur, III, 1138. Hyp thèque, III, 1216. Inscription des priv lèges et hypothèques, III, 1369.

Actions des canaux du Midi d'Orléans et du Loing, I, 1235, II 1216.

Action en contestation de légiti mité, I, 848 à 853.

Action en contestation d'état, 878.

Action en déclaration d'hypo thèque, III, 1442.

Action en désaveu, V. *Désaveu d paternité.*

Action en garantie. V. *Garantie.*

Action en nullité. V. *Nullité.*

Action en partage. V. *Partag d'hérédité, de communauté, de société.*

Action en réclamation d'état, 872 à 877, 510.

Action en réduction des engag ments excessifs contractés par un m neur émancipé, I, 1145 à 1152.

Action en réduction des libéralit excédant la quotité disponible. V. *Rédu tion.*

Action en répétition. V. *Oblig tions naturelles. Paiement de l'indû.*

Action en rescision. V. *Rescision*

Action en résolution. V. *Résol tion.*

Action en revendication. V. *R vendication.*

Action en révocation. V. *Révoc tion.*

Action indirecte de l'art. 116 V. *Exercice des droits et actions du d biteur.*

Action négatoire, II, 1176.

Action paulienne ou révoca toire des créanciers. Théorie gén rale, II, 915 et s. Divorce, I, 729. Renon ciation à usufruit, I, 1404. Acceptatio de succession, II, 159. Renonciation succession, II, 482. Partage de succes sion, II, 322. Renonciation anticipée d grevé de substitution, II, 707. Accepta

tion ou répudiation de la communauté, III, 203. Constitution de dot, III, 360 à 363. Séparation de biens, III, 178. Renonciation à une prescription acquise, III, 1596, 1597.

Actions possessoires. Usufruitier, I, 1335. Saisine héréditaire, II, 31. Communauté légale, III, 129. Régime dotal, III, 374. Régime exclusif de communauté, III, 333. Possession, III, 1604.

Action publique. Mariage, I, 569. Autorisation maritale, I, 628. Transaction, III, 990.

Action rédhibitoire, III, 562 à 567.

Action quanti minoris, III, 564, 567.

Actions sociales. Meubles, I, 1238, 1241 à 1244. Distinction de l'action et de l'intérêt, I, 1240. Communauté légale, III, 45. Cession, III, 631.

Adition d'hérédité, II, 155.

Adjudication (Jugement d'). Sur licitation, III, 619. Sur saisie immobilière, III, 1517. Sur surenchère, III, 1517, 1537 à 1544.

Administrateur, en général. Pouvoirs, I, 359.

Administrateur provisoire. De la personne dont l'interdiction est provoquée, I, 1168, 1172. De la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés, I, 1196. Hypothèque légale, III, 1244. Hypothèque judiciaire, III, 1261.

Administration légale du père, I, 993 et s. Hypothèque légale, III, 1244.

Adoption, I, 932 et s. Aperçu historique, I, 932. Conditions requises, I, 934 à 942. — ordinaire, I, 935 à 938. — rémunératoire, I, 939. — testamentaire, I, 940. De l' — des enfants naturels, I, 942. Effets de l' — I, 943. Formes, I, 948.

Adultère. Empêchement de mariage, I, 451, 743. Sanction de l' — I, 613. Divorce, I, 673, 735, 736, 743. Séparation de corps, I, 771. Désaveu, I, 826, 827. Filiation, I, 879, 884, 899 et s., 931.

Affiche. Publications de mariage, I, 460.

Affrérissement (Clause d'), III, 9.

Agences matrimoniales, II, 852.

Agents diplomatiques. V. *Consuls, Aïeul. Ascendants.*

Aliénation. Définition . *Spécialités.* Aliénation d'un propre de la femme par le mari, III, 132.

Aliénation à fonds perdu, II, 424.

Aliénés, Placement dans un établissement d' —, I, 1195. Capacité, I, 1197, II, 831. Prescription de l'action en nullité, II, 1165. Hypothèque légale, III, 1244. Suspension de la prescription, III, 1662. V. *Interdiction judiciaire.*

Aliments. *Théorie générale,* I, 588 à 610. Personnes entre lesquelles l'obligation alimentaire existe : ascendants et descendants légitimes, I, 589; père et mère et enfants illégitimes, I, 596, 915, II, 120, 121; beau-père et belle-mère, gendres et brus, I, 590 à 595; époux, I, 614, 615, 553, 664, 765, III, 1227; adoptant et adopté, I, 945; donateur, I, 596, II, 512, 513. Dans quel ordre les divers débiteurs de la dette alimentaire sont tenus de la payer, I, 597. Comment doit être acquittée la dette alimentaire, I, 598. Montant de la dette alimentaire, I, 601.

Spécialités. Mort civilement, I, 208. Condamné à une peine afflictive perpétuelle, I, 215. Divorce, I, 765-765 *bis.* Obligation contractée par un père naturel envers son enfant non reconnu de lui payer une pension alimentaire, I, 919. Révocation des donations pour cause d'ingratitude, II, 512, 513. — dus à l'enfant par son père qui l'a fait détenir, I, 970. Rapport à succession, II, 258, 259. Incessibilité, I, 610 *bis.* Compensation, saisie, II, 1122. Passif de la communauté, III, 100, 255. Droits de viduité de la femme commune, III, 210; de la femme dotale, III, 440. Hypothèque légale, III, 1227. Hypothèque judiciaire, I, 599. Aliénation des immeubles dotaux, III, 392, 394. Transaction, III, 990. Privilège, III, 1081. Prescription de cinq ans, III, 1717 à 1720, 1726, 1751. Jouissance légale des père et mère, I, 981.

Alliance *(affinité),* I, 414. Empêchement de mariage, I, 442 et s. Nullité de mariage, I, 522 et s., 535. Dette alimentaire, I, 590 et s. Divorce, I, 749. Tutelle, I, 1023 et s., 1041. Interdiction, I, 1161. Indignité de succéder, II, 48. Témoins testamentaires, II, 576.

Alluvion, I, 1293.

Alternativité. Conventions en général, II, 960 et s., 998. Communauté, III, 85. Vente, III, 465. Legs, II, 618.

Améliorations. V. *Impenses.*

Amendes. Communauté légale, III, 123, 126. Solidarité, II, 989, 1350.

Ameublissement, III, 268. Hypothèque, III, 1290.

Anatocisme, II, 903 et s.

Animaux. *Sauvages.* Accession naturelle, I, 1300. Occupation, II, 5 à 8. *Domestiques.* Immeubles par destination, I, 1223, 1224. Usufruit, I, 1388, 1396. Responsabilité civile, II, 1355. Cheptel, III, 743 à 756.

Antichrèse, III, 1039. Preuve de l' —, III, 1040, II, 1258. Droits du créancier antichrésiste, III, 1042. Ses obligations, III, 1049. Différences avec le gage, l'usufruit, l'hypothèque, III, 1050 à 1052. Contrat pignoratif, III, 1045. Transcription, III, 1041.

Apport. *Conventions matrimoniales.* Clause d'apport, III, 264, 289. Clause de reprise d'apport franc et quitte, III, 294.

Apport de la dot, III, 430. *Société,* III, 759. Diverses sortes d' —, III, 771 à 775, 796. Preuve de la société, III, 763. Dissolution de la société, III, 796.

Apprentissage. Rapport à succession, II, 258, 259. Responsabilité civile, II, 1352. Prescription, III, 1708.

Approuvé ou bon pour, II, 1205 et s.

Aqueduc, I, 1450 et s., 1556, 1218.

Arbitrage, Arbitre. Prix de vente laissé à l'arbitrage d'un tiers, III, 464, Règlements des parts entre associés, III, 782. Hypothèque judiciaire résultant des sentences arbitrales, III, 1257. Autorité de la chose jugée, II, 1285.

Arbres. Immeubles par nature, I, 1214 et s. Droit d'accession, I, 1281 et s. Plantations faites sur le terrain d'autrui, I. 1285, 1287 et s. Usufruit, I, 1348 et s. Haie mitoyenne, I, 1503, 1519. Distance à observer pour la plantation des —, I, 1520 et s.

Architectes. Responsabilité, III, 733 à 739. Augmentations ou changements, III, 740. Privilège, III, 1153, 1173, 1382.

Arrérages, I, 1245. Fruits civils, I, 1320, III, 901. Anatocisme, II, 906. Passif de la communauté légale, III, 98, de la communauté d'acquêts, III, 255, — conservés par l'inscription hypothécaire, III, 1393 et s. Prescription quinquennale des —, III, 902, 1717 à 1720, 1726, 1751.

Arrhes. Vente, III, 459, 460. Promesse d'échange, III, 460.

Artisan. Approuvé ou bon pour, II, 1205, 1209. Mineur —; rescision pour cause de lésion, II, 1161. Responsabilité civile, II, 1352.

Ascendants. Consentement au mariage, I, 423 à 439. Opposition à mariage, I, 481, 482. Nullité de mariage, I, 511 à 521, 525.

Assistance (Devoir d'), I, 616, Divorce, I, 741. Séparation de corps, I, 788.

Assurances. Mutuelles, III, 759. Maritimes, III, 880 *bis.* II, 1258. Terrestres, III, 880 *bis.* Privilège du bailleur d'immeubles, III, 1088. Hypothèque, III, 1306.

Atermoiement (Contrat d'), II, 1074.

Atre. Distance à observer, I, 1530. Réparations locatives, III, 705.

Aubaine (Droit d'), I, 144 et s.

Aubergistes. Dépôt nécessaire, III, 871 à 875. Preuve testimoniale, II, 1276. Privilège, III, 1126. Prescription, III, 1707, 1714.

Autorisation maritale. Théorie générale, I, 623 à 654. Actes pour lesquels l'autorisation est nécessaire, I, 626 à 633. De qui doit émaner l'autorisation, I, 634. Spécialité de l'autorisation, I, 644. Effets de l'autorisation, I, 648. Nullité résultant du défaut d'autorisation, I, 650 à 654, 397, II, 1153. Ratification, I, 652.

Spécialités. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 902. Acceptation de succession, II, 148, 149, de donation entre vifs, II, 471. Partage de succession, II 225; d'ascendant, II, 717. Dispositions à titre gratuit, II, 377, 381. Exécution testamentaire, II, 625. Révocation de donation entre époux pendant le mariage, II, 759. Institution contractuelle II, 754. Conventions en général, II, 831. Aveu, II, 1297. Divorce, I, 628 Séparation de corps, I, 628, 782. Séparation de biens, III, 176, 185 à 186 Poursuites criminelles, I, 628, 629. Mandat, III, 909. Prêt de consommation III, 827, 828. Transaction, III, 988 à 989. Hypothèque conventionnelle, III 1287, 1288. Délaissement hypothécaire III, 1464. Surenchère, III, 1534. Expropriation forcée, III, 1571, I, 1126. Renonciation à une prescription acquise III, 1591.

Autorité de la chose jugée. Jugements rendus en matière civile par les tribunaux français, II, 1284 à 1292. jugements rendus par les tribunaux étrangers, III, 1264 à 1268. *Spécialités.* Preuve du mariage, I, 579. Divorce, I, 807 à 810. Désaveu, I, 847. Successible condamné comme héritier pur et simple II, 196. Radiation judiciaire des inscriptions, III, 1421 à 1422.

Avancement d'hoirie. V. *Rapport à succession.*

Aveu, II, 1294 et s. — judiciaire, II 1296. Capacité. II, 1297. Force probante II, 1298. Indivisibilité, II, 1299 à 1301. Rétractation, II, 1302 à 1303. Aveu extrajudiciaire, II, 1304, 1305. *Spécialités.* Divorce et séparation de corps, I, 700, 773. — tacite de paternité légitime, I, 836. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 903 Présomptions légales *juris et de jure* II, 1283. Bail, III, 664. Dépôt volontaire III, 855. Courtes prescriptions, III, 1712

Avocat. Aveu, II, 1297. Cession de droits litigieux, III, 492 à 495. Louage de services, III, 907. Prescription, III, 1709

Avoué. Aveu, II, 1297. Cession de droits litigieux, III, 492 à 495. Mandat III, 907, 924. Privilège à raison des faits de charge, III, 1133. Prescription, III 1709, 1714.

Avulsion, I, 1295 à 1297.

Ayant cause. Notion, II, 1219. Effets des stipulations et promesses à l'égard des —, II, 827 à 829. *Spécialités.* Date certaine, II, 1218 à 1222. Contre-lettre, II 1225 à 1227. Commencement de preuve par écrit, II, 1275. Confirmation d'une donation, II, 1243. Autorité de la chose jugée, II, 1292. Droit d'option de l'héritier appelé à une succession, II, 166; de

la femme entre l'acceptation et la répudiation de la communauté, III, 196, 209. Garantie d'éviction en matière de vente, III, 539. Cession de créance, III, 629. Continuation et jonction des possessions, III, 1622 à 1626. Transcription de donation, II, 483. V. *Héritiers*.

Bail, III, 656. — à cheptel, III, 743. — à ferme, III, 662, 710. — à loyer, III, 657, 706. — à colonage partiaire, III, 657, 717, 755. — à métairie, III, 657, 717, 755. — à nourriture, III, 893. V. *Louage*.

Balcons. Distance à observer, I, 1537.

Balustrade. Distance à observer, I, 1537.

Banque de France. V. *Actions de la Banque de France*.

Barbacanes, I, 1430.

Bénéfice de compétence, I, 610.

Bénéfice de discussion. V. *Discussion*.

Bénéfice de division. Solidarité passive, II, 971. Cautionnement, III, 965.

Bénéfice d'émolument, III, 194, 195, 239. Comparaison avec le bénéfice d'inventaire de l'héritier, III, 243.

Bénéfice de subrogation. V. *Subrogation*.

Bénéfice d'inventaire. *En matière de succession*, II, 191. Personnes auxquelles appartient le — : Héritiers légitimes, II, 191 et s.; Successeurs irréguliers, II, 199; Légataire universel, II, 589. Conditions du —, II, 198, 199. Déchéance du —, II, 208, 185 à 187. Effets, II, 200 et s. Quant aux inscriptions d'hypothèques et de privilèges, III, 1375 à 1385. Suspension de la prescription, III, 1667. Subrogation légale, II, 1054. Chose jugée, II, 196. *En matière de communauté*, III, 194, 195, 239. Comparaison avec le bénéfice d'inventaire de l'héritier, III, 243.

Biens. Des divers droits qu'on peut avoir sur les —, I, 1199 et s., 1260. Distinction des choses et des —, I, 1205. — de l'Etat, II, 1256 à 1258. — communaux, I, 1259. — vacants et sans maître, I, 1257, II, 5. Donation de — présents, II, 485, 486, 739. Donation de — à venir, II, 485, 486, 490, 740. Donation de — présents et à venir, II, 486, 751 et s. Hypothèque des — à venir, III, 1298 et s. Distinction des — dotaux et paraphernaux, III, 344. Droit de gage général, III, 1059 à 1061. V. *Choses*.

Bigamie. Absence, I, 394 à 396. Empêchement de mariage, I, 440. Nullité de mariage, I, 523 à 527, 533, 534, Prescription de dix ans, II, 1168.

Billet. Expression de la cause, II, 855 à 856. Novation, II, 1086. Approuvé ou bon pour, II, 1205 et s.

Billet à ordre. Cession, II, 478, III, 31. V. *Billet*.

Blés en vert. Vente de —, III, 497.

Bois. Immeubles par nature, I, 1215, Usufruit, I, 1348 à 1354. Droits d'usage, I, 1412. Communauté légale, III, 47. 48. Régime dotal, III, 382. Possession, III, 1606. V. *Arbres*.

Bonne foi. Possession en général, I, 1269 à 1277, III, 1604. Continuation et jonction des possessions, III, 1622 et s. Bonne foi requise : pour le mariage putatif, I, 545; pour l'acquisition des fruits, I, 1270 à 1277, III, 1604. A quel moment elle doit exister dans l'un et l'autre cas, I, 546. Prescription de dix à vingt ans, III, 1697 et s. Prescription trentenaire, III, 1685. Prescription instantanée des meubles, III, 1732, 1735. Constructions et plantations sur le sol d'autrui, I, 1287 à 1291 *bis*. Mariage putatif, I, 542 et s. Contrats en général, II, 862. Action paulienne, II, 918 à 921. Paiement, II, 1020, 1025. Cession de biens judiciaire, II, 1075 à 1077. Paiement de l'indû, II, 1340 et s. Vente d'une même chose mobilière à deux personnes différentes, II, 875. Garantie pour vices rédhibitoires, III, 564. Société, III, 797. Prêt de consommation, III, 826. Dépôt, III, 859. Mandat, III, 939. Privilège du bailleur d'immeubles, III, 1089; du vendeur d'effets mobiliers non payé, III, 1114.

Bordereau. — d'inscription des privilèges et hypothèques, III, 1387 à 1389. — de renouvellement, III, 1405.

Bornage, I, 1460 à 1463, III, 1618.

Brevet. Testament public, II, 563. Remise de dette, II, 1101. Mandat, III, 913. Hypothèque conventionnelle, III, 1315.

Caducité. Legs, II, 650 à 668. Substitutions permises, II, 709. Donation par contrat de mariage, II, 737, 757. Institution contractuelle, II, 749. Donation des biens présents et à venir, II, 753. Contrat de mariage, III, 3.

Cantonnement, I, 1412.

Caisse d'épargne. Droit pour la femme mariée de se faire ouvrir un livret, III, 97 *ter*.

Capacité, I, 110. — politique ou civile, I, 110. — de droit et de fait, II, 404. Mariage, I, 418 à 454. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 902. Adoption, I, 937, 938. Tutelle, I, 1051. Interdit, I, 1178 et s. Prodigue et faible d'esprit, I, 1189, à 1194. Personne non interdite placée dans une maison d'aliénés, I, 1197. Condamnés à une peine criminelle, I, 197 et s. Succession *ab intestat*, II, 37 à 42. Action en partage, II, 225. Dispositions à titre gratuit, II, 112, 364 à 405, 655. Témoins testamentaires, II, 576. Exécution testamentaire, II, 624, 625. Partage d'ascendant, II, 714 à 717. Institution contractuelle, II, 754. Donation de

biens présents et à venir, II, 754. Contrats en général, II, 795, 830 à 834, 1148, 1153. Paiement, II, 1022, 1023, 1023 *bis*, 1025. Novation, II, 1086. Compensation, II, 1121. Prescription de l'action en nullité ou rescision, II, 1164, 1165. Acte authentique, II, 1180. Aveu, II, 1297. Serment litis-décisoire, II, 1313. Contrat de mariage, III, 24 et s. Femme séparée de biens judiciairement, III, 184 et s.; contractuellement, III, 338. Femme dotale, III, 385. Vente, III, 479 à 495. Cession de droits litigieux, III, 492. Bail, III, 661. Prêt à usage, III, 810. Prêt de consommation, III, 827 à 828. Dépôt, III, 853, 862. Mandat, III, 909. Cautionnement, III, 956, 950. Transaction, III, 986, 988 à 989. Gage, III, 1019. Hypothèque, III, 1286 à 1291. Radiation des inscriptions, III, 1416. Délaissement, III, 1464. Renonciation à l'hypothèque ou au privilège, III, 1498. Surenchère en cas de purge, III, 1534. Renonciation à une prescription acquise, III, 1591. V. *Autorisation maritale, Conseil judiciaire, Curateur, Etranger, Interdit, Mineur, Mineur émancipé, Tuteur.*

Capitalisation. Des intérêts, II, 904. Des autres revenus, II, 906 à 906 *bis*.

Captation. Dispositions à titre gratuit, II, 371, 374.

Carrières. Usufruit, I, 1355, 1356. Communauté, III, 47.

Cas fortuit ou de force majeure. Définition, II, 891. Testament, II, 545, Théorie des risques, II, 882 à 886. Dommages-intérêts, II, 891. Perte de la chose due, II, 1138 à 1145. Enclave, I, 1543 *bis*. Preuve testimoniale, II, 1276, 1278. Bail, III, 670, 684, 685, 705, 712 à 713, 749, 750, 753, 754, 755. Voituriers par terre et par eau, III, 725. Devis et marchés, III, 730, 731. Commodat, III, 814 à 817. Dépôt, III, 858, 861. Dépôt d'hôtellerie, III, 872. Perte de l'immeuble hypothéqué, III, 1303, à 1304. Délaissement hypothécaire, III, 1459. Suspension de la prescription, III, 1657. Prescription instantanée des meubles, III, 1739 à 1744. V. *Fait du prince, Incendie.*

Cassation (Cour de), I, 94. Aveu extrajudiciaire, II, 1304. Hypothèque judiciaire, III, 1263. V. *Pourvoi en cassation.*

Cause. Obligations conventionnelles, II, 795, 846 à 856. Preuve de la —, II, 855. Agences matrimoniales, II, 852. Enfant adultérin ou incestueux, II, 853. Obligations naturelles, II, 1013, 1014. Jeu et pari, III, 881 à 886 *ter*. Autorité de la chose jugé, II, 1289 à 1290.

Caution judicatum solvi, I, 162 à 167.

Caution juratoire, I, 1368.

Cautionnement, III, 941. Notions générales, III, 942 à 952. Ses diverse espèces, III, 954. Conditions à rempli par la caution, III, 956. Effets du — entre le créancier et la caution, III, 96 et s.; entre le débiteur et la caution III, 953; entre les cofidéjusseurs, III 974. Extinction du —, III, 975, II, 1112 Différence avec l'expromission, II, 1081 De la caution légale et de la cautio judiciaire, III, 981, 1262. *Obligation d fournir caution.* Etranger, I, 162 et s Envoyés en possession provisoire, I 353. Conjoint de l'absent qui opte pou la dissolution de la communauté, I 370. Usufruitier, I, 1363, 981. Usage et habituaire, I, 1409. Héritier bénéfi ciaire, II, 209. Curateur à successio vacante, II, 216. Mari sous le régim dotal, III, 382; sous l'exclusion de com munauté, III, 333. Préciput convention nel, III, 305 à 310. En cas de suren chère, III, 1535. Décharge du — : envo en possession définitif, I, 381. *Spécia lités.* Intérêts, II, 898, III, 970. Paiement II, 1015, 1017. Consignation à la suit d'offres réelles, II, 1069. Novation, II 1090. Remise de dette, II, 1110 à 1111 Compensation, II, 1124, 1126. Confusion II, 1136. Serment litis-décisoire, II, 1323 Tacite réconduction en matière de bail III, 700. Transaction, III, 995. Interrup tion de la prescription, III, 1654. V. *Bénéfice de division, Bénéfice de subroga tion, Discussion.*

Cautionnement des fonctionnaires publics. I, 1196, III, 1133, 1556 1557.

Certificateur de caution, III, 951

Cession de bail, III, 692 à 695. Colonage partiaire, III, 717.

Cession de biens. Volontaire, II 1073; judiciaire, II, 1075 et s. Déposi taire infidèle, III, 864. Inscriptions hypo thécaires, III, 1374.

Cession de créance. Théorie géné rale, III, 620 et s., II, 876. Différence avec la subrogation conventionnelle, II 1043. Subrogation à l'hypothèque légal de la femme mariée, III, 1235. Compen sation, II, 1130, III, 628. Privilège d vendeur, III, 1112. Saisie-arrêt, III, 629 630. V. *Créances.*

Cession de droits litigieux, III 646. Magistrats et auxiliaires de la jus tice, III, 492 et s.

Cession de droits successifs ou d'une hérédité. Théorie générale, III 639. Acceptation de succession, II, 156 Retrait successoral, II, 235, III, 643 Partage, II, 344.

Cession de l'hypothèque légale de la femme mariée, III, 1235 à 1236

Chaperon. Marques de non-mitoyen neté, I, 1478.

Charges. Usufruit, I, 1369 et s., III 99, 255, 381. Servitudes réelles, I, 1572

Succession *ab intestat*, v. *Dettes et charges de l'hérédité*. Donation entre vifs, II, 506 et s. III, 1141. Legs, II, 648, 667. — du mariage : Communauté, III, 100, 255. Exclusion de communauté, III, 333; Régime dotal, III, 380 ; Régime dotal sans dot, III, 443 ; Séparation de biens contractuelle, III, 337 à 340 ; Séparation de biens judiciaire, III, 187. Substitutions fidéicommissaires, II, 678 à 680.

Chasse. Mode d'acquérir, II, 6, 7. Usufruitier, I, 1327. Fermier, III, 679. Vente du gibier, III, 497.

Cheminée. Distance à observer, I, 1530. Réparations locatives, III, 705.

Chemins. Routes nationales, I, 1257. — vicinaux, I, 1259. V. *Passage*.

Chemin de halage, I, 1293.

Cheptel (Bail à), III, 743 et s.; — simple, III, 746 et s. ; — à moitié, III, 753 ; — donné au fermier ou — de fer, III, 754 ; — donné au colon partiaire, III, 755. Du contrat improprement appelé —, III, 756.

Chirurgiens. Privilège des frais de la dernière maladie, III, 1076. Prescription, III, 1708, 1714.

Choses. Droits qu'on peut avoir sur les —, I, 1198 à 1204, 1260 à 1261. *Division des* — : Corporelles et incorporelles, I, 1206 ; fongibles ou non fongibles, I, 1206; Principales et accessoires, I, 1206; Meubles et immeubles, I, 1207. — se consommant ou ne se consommant pas par le premier usage, I, 1206. — considérées comme objets particuliers et — considérées comme universalités, I, 1206. — *communes* et — *nullius*, II, 4 et 5. — dans le commerce et — hors du commerce, II, 840, 841. — comprises dans le domaine public ou dans le domaine privé, I, 1258, 1259. *Objet des droits*, Obligations en général, II, 837 à 844 Vente, III, 462. Paiement, II, 1029. Louage des choses, III, 657, 660 et s. Prêt à usage, III, 807. Prêt de consommation, III, 822. Hypothèque, III, 1200 à 1220.

Chose d'autrui. Legs, II, 620 à 621. Paiement, II, 1020, 1021. Vente, III, 500 à 506. Echange, III, 654. Louage, III, 658. Prêt de consommation, III, 825 à 826. Prêt à usage, III. 808. Dépôt III, 854. Gage, III, 1019. Hypothèque, III, 1284.

Choses fongibles, I, 1206. Quasi-usufruit, I, 1306, 1338 à 1342. Prêt de consommation, III, 803, 822. Compensation, II, 1116 à 1117. Communauté légale, III, 80. Communauté d'acquêts, III, 253, Société, III, 774. V. *Choses*.

Choses futures. Obligations en général, II, 842. Vente, III, 498. V. *Choses, Succession future*.

Choses incorporelles, I, 1206. Meubles, I, 1238 à 1253, ou immeubles, I, 1231 à 1235. Possession, III, 1601. Don manuel, II, 467. Legs, II, 619. Cession-transport, III, 620. Gage, III, 1018, 1022, 1025. Privilège du vendeur, III, 1112. Prescription instantanée des meubles, III, 1730. V. *Choses*.

Chose jugée. V. *Autorité de la chose jugée*.

Citation en conciliation. V. *Conciliation*.

Citoyen. Capacité politique, I, 112, Témoin des actes de l'état civil, I, 234.

Clandestinité du mariage. I, 536, à 538, 522 à 527, 539. V. *Publicité*.

Clause d'apport. *(Communauté)*, III, 264, 289.

Clause d'emploi. Communauté légale, III, 71-71 *bis*. Communauté conventionnelle, II, 263. Régime dotal, III, 368, 369, 376.

Clause de fournir et faire valoir. Cession de créance, III, 638.

Clause de franc et quitte, III, 290.

Clause d'imputation de la dot sur la succession du prémourant des constituants, III, 160 à 162.

Clauses de partage inégal de la communauté, III, 311 à 320.

Clause de préciput. V. *Préciput*.

Clause de réalisation, III, 258 à 267.

Clause de reprise d'apport franc et quitte, III, 294 à 299.

Clause de voie parée. Gage, III, 1027. Antichrèse, III, 1044. Hypothèque, III, 1281.

Clause pénale, II, 1003 et s. Obligation solidaire, II, 973. Obligation indivisible, II, 1009. Preuve testimoniale, II, 1262. Transaction, III, 996.

Clerc de notaire. Témoins testamentaires, II, 576. Privilège, III, 1079.

Clôture. Faculté de se clore, I, 1464 et s. — forcée, I, 1498 et s. Mitoyenneté des — autres que les murs, I, 1503 et s. V. *Mitoyenneté*.

Code civil. Sa confection, I, 17 et s. Définition et divisions, I, 21 et s. Editions officielles, I, 22. Appréciation, I, 23. Principes fondamentaux, I, 24. Sources, I, 25. Effet abrogatoire, I, 26.

Code de commerce, I, 27.

Code de justice militaire, I, 27.

Code de procédure civile, I, 27.

Code forestier, I, 27.

Codes pénal et d'instruction criminelle, I, 27.

Collatéraux. Opposition à mariage, I, 483. Nullités de mariage basées sur un intérêt pécuniaire, I, 526.

Colonage partiaire, III, 657, 717. Cheptel, III, 755. Usufruit, I, 1324.

Command. Vente, III, 475.

Commandement. Définition, I, 301. Demeure, II, 885. Intérêts moratoires, II, 900. Poursuite du privilège ou de l'hypothèque contre le tiers détenteur, III, 1468. Saisie immobilière, III, 1573.

Interruption de la prescription, III, 1643, 1649, 1714.

Commencement de preuve par écrit. Théorie générale, II, 1275. Maternité légitime, I, 867 à 870. Recherche de maternité, I, 923 à 926. Acte authentique, II, 1188. Copie des titres, II, 1236.

Commerçant. Approuvé ou bon pour, II, 1209. Livres de commerce, II, 1229. Capacité du mineur commerçant, III, 1290. Action en rescision pour lésion, II, 1161. Capacité de la femme mariée, I, 627, 647, III, 1290. Publication du contrat de mariage, III, 32. Pouvoirs de la femme sous la communauté légale, III, 124. Privilège, III, 1081. Prescription d'un an, III, 1708, 1714. Prescription instantanée des meubles, III, 1745. Offres au public, II, 797 *bis*. V. *Faillite, Matière commerciale*.

Commis. Privilège, III, 1079. — intéressé, III, 759-4°.

Commission. Différence avec le mandat, III, 907.

Commodat. V. *Prêt à usage*.

Commorientes, II, 24 à 28.

Communauté *(indivision)*. Mitoyenneté, I, 1470. Cas où les différents étages d'une même maison appartiennent à plusieurs, I, 1502. Usufruit, I, 1308. Servitudes réelles, I, 1579. Succession, II, 218, 324. Legs, II, 621. Différences avec la société, III, 800.

Communauté conventionnelle, III, 250 et s. — réduite aux acquêts, III, 252. Clause de réalisation, III, 258 à 267. Clause d'emploi, III, 263. Ameublissement, III, 268. Séparation de dettes, III, 282. Clause d'apport, III, 264, 289. Clause de franc et quitte, III, 290. Clause de reprise d'apports francs et quittes, III, 294 à 299. Préciput conventionnel, III, 300. Clause de partage inégal de la —, III, 311 à 320. Forfait de —, III, 315. De la — à titre universel, III, 321.

Communauté de biens entre époux, III, 33. Légale ou conventionnelle, III, 36. Point de départ de la —, III, 37.— à terme ou sous condition, III, 37. Différence avec la société ordinaire, III, 34. *Spécialités*. Absence, I, 367 à 375. Legs d'une —, II, 597 *in fine*. Saisie immobilière, III, 1561. V. *Communauté conventionnelle, Communauté légale*.

Communauté légale. Etablissement de la —, III, 39. Actif de la —, III, 42 à 51. Patrimoine propre des époux, III, 52 à 81. Passif de la —, III, 82 à 111. Administration de la —, III, 113 à 126. Administration des biens propres de la femme, III, 127 à 137. Récompenses, III, 138 à 153. Constitutions de dot, III, 154 à 164. Dissolution de la —, III, 165 et s. Rétablissement de la —, III, 190. Droit d'option accordé à la femme, III, 194 à 195, 199, 204 à 208; à ses héritiers, III, 196, 209. Acceptation ou répudiation de la —, III, 190 Droits de viduité, III, 210, 231. Liquidation de la —, en cas d'acceptation III, 211, 212, 213 et s. Rapports, III, 214 Prélèvements, III, 217. Partage de l'acti III, 225 à 229. Passif de la — à sa dissolution, III, 232 à 244. Effets de la renonciation à la —, III, 245 et s. V. *Acceptation de communauté, Dettes des époux Récompenses, Remploi, Rentes perpétuelles, Rentes viagères, Reprises, Séparation de biens judiciaire, Succession* a intestat.

Communautés religieuses. V. *Congrégations religieuses*.

Communes. Personnes morales, 106. Domaine public et privé communa I, 1259. Droits d'usage des — dans le forêts, I, 1412. Servitudes légales d'utilit communale, I, 1467. Usage des eaux d source, I, 1438 à 1441. Chemins devenu impraticables, I, 1548. Capacité de recevoir à titre gratuit, II, 382. Capacité d contracter en général, II, 832. Acceptation de dons et legs, II, 471. Prescription de l'action en nullité ou en rescision II, 1166. Incapacité pour les administrateurs des — d'acquérir les biens communaux, III, 490. Transactions, III, 98 Hypothèque légale, III, 1247, 1249, 142 Prescription en général, III, 1594.

Commune renommée, II, 125 Admise à défaut d'inventaire contre Usufruitier, I, 1361. Mari, à raison d mobilier échu à la femme pendant mariage lorsque ce mobilier doit lui rester propre, III, 257, 267. Epoux survivant commun en biens, III, 166 à 167 Successions échues aux époux sous l communauté légale, III, 106.

Compensation. Définition et division II, 1113 et s. Conditions requises pour l — légale, II, 1115. Cas dans lesquels el n'a pas lieu, II, 1122. Comment el s'opère et quels sont ses effets, II, 112 III, 1494. Par qui elle peut être opposé II, 1126. Renonciation à la — acquise, I 1128. — facultative, II, 1131. — judiciaire, II, 1132. *Spécialités*. Dette alimentaire, I, 610 *bis*. Solidarité, II, 974. Cession de créance, III, 628. Commodat III, 819, II, 1122. Dépôt, II, 1122. Caution, II, 1126. Antichrèse, III, 1042.

Compétence. *Des officiers de l'état civil* en matière de : Actes de l'état civ en général, I, 228, 229 ; Mariage, I, 539 541; Reconnaissance d'enfant naturel, 895. *Des officiers publics* pour dresse les actes instrumentaires, II, 1180, I, 89 III, 17. *Du juge de paix*. Adoption, 949. Emancipation, I, 1120, 1123, 112 Conseil de famille, I, 1026. *Des tribunau* en matière mobilière et immobilière, 1207. En matière de : Contestations en tre Français et étrangers, I, 156 à 16 Contestations entre étrangers, I, 16

Présomption d'absence (mesures conservatoires), I, 334; Déclaration d'absence, I, 338; Divorce, I, 688 et s.; Séparation de corps, I, 779; Réclamation d'état, I, 872; Reconnaissance d'enfant naturel, I, 897; Adoption, I, 950; Interdiction judiciaire, I, 1163; Bornage, I, 1462; Partage, II, 230; Action de l'acheteur contre le vendeur, III, 508; Inscriptions hypothécaires, III, 1411; Radiation des inscriptions, III, 1420; Réduction des inscriptions, III, 1424; Poursuites en expropriation, III, 1572. Contestations entre Français et étrangers, I, 156 à 160; Contestations entre étrangers, I, 161. V. *Incompétence*.

Compositions artistiques, scientifiques ou littéraires. Tombent-elles dans la communauté? III, 45, 254.

Compromis. Définition, III, 983. Mineur non émancipé, I, 1074. Mineur émancipé, I, 1140. Autorisation maritale, I, 641.

Compte. Envoyés en possession des biens d'un absent, I, 363 à 364. Epoux présent ayant opté pour la continuation de la communauté, I, 375. Père administrateur légal, I, 996. Tuteur, I, 1100 à 1116, 1126. Héritier bénéficiaire, II, 212. Mandataire, III, 922. Exécuteurs testamentaires, II, 628 à 631. Entre copartageants, II, 231-3°. Entre les créanciers hypothécaires ou privilégiés et le tiers détenteur qui a délaissé ou subi l'expropriation III, 1475. Hypothèque judiciaire, III, 1260. Prescription de l'action en rectification de compte, II, 1168.

Compte courant commercial. Intérêts, III, 832 *in fine*.

Conception. *Epoque de la* —, I, 816 à 818. *Influence de l'époque de la* — : sur la nationalité, I, 118; sur la filiation légitime, I, 821, 833 à 836, 849 à 851; sur la légitimation, I, 884; sur la reconnaissance, I, 899 à 901; sur l'acquisition d'une succession, II, 39 à 41. *Capacité juridique de l'enfant simplement conçu*, I, 105. Succession *ab intestat*, II, 39. Dispositions à titre gratuit, II, 380, 401, 405. Subtitutions permises, II, 707. Adoption, I, 937. Désaveu, I, 846.

Conciliation. Divorce, I, 695. Séparation de corps, I, 780 à 781. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 897. Demeure, II, 885. Intérêts moratoires, II, 900. Commencement de preuve par écrit, II, 1275. Aveu, II, 1296. Serment, II, 1308. Hypothèque judiciaire, III, 1263. Interruption de prescription, III, 1640.

Concordat, II, 908, 1096. V. *Faillite*.

Condamnations pénales. De l'influence qu'elles exercent sur la capacité juridique en général, I, 192 et s; sur la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, I, 211 à 223, II, 378, 383, 401. Puissance maritale, I, 640. Divorce, I, 678 à 681.

Condition. *Théorie générale*, II, 928. Diverses espèces de —, II, 929 à 932. Règles relatives à l'accomplissement des —, II, 933. Effets de la — accomplie, II, 935. De la — suspensive, II, 937. De la — résolutoire, II, 940 à 942. Du pacte commissoire, II, 943. Différence avec le terme, II, 953. *Spécialités*. Usufruit, I, 1315. Servitudes réelles, I, 1581. Acceptation et répudiation des successions, II, 143. Donation entre vifs, II, 356. Legs, II, 604, 652, 653. — impossibles ou illicites dans les dispositions à titre gratuit, II, 359 à 363. — casuelles, potestatives ou mixtes dans les donations entre vifs, II, 487. Offres réelles, II, 1062. Communauté de biens entre époux, III, 37. Vente, III, 465, 520. Promesse de vente, III, 452. Vente *ad gustum*, III, 472. Vente à l'essai, III, 473. Hypothèque, III, 1285. Suspension de la prescription, III, 1671 et s. Juste titre pour prescrire, III, 1694. V. *Pacte commissoire, Retour conventionnel, Réméré, Charges*.

Confirmation. Théorie générale, II, 1240 et s. Différence avec la transaction, III, 984. *Spécialités*. Mariage, I, 508, 517 à 521, 528 à 531. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 903. Partage d'hérédité, II, 346 à 348. Partage d'ascendant, II, 722. Donation entre vifs, II, 1242, 1243. Double écrit, II, 1200. Approuvé ou bon pour, II, 1211. Preuve testimoniale, II, 1257. Mineur, II, 1153. Prescription libératoire de 10 ans, II, 1163. Contrat de mariage, III, 17. Aliénation du fonds dotal, III, 413. Hypothèque conventionnelle, III, 1288. Nullité pour défaut d'autorisation maritale, I, 652. V. *Fin de non-recevoir*.

Confusion. Mode d'acquérir la propriété, I, 1301. Mode d'extinction des servitudes réelles, I, 1575. Mode d'extinction des obligations, II, 1133 à 1137. *Spécialités*. Indignité de succéder, II, 53. Bénéfice d'inventaire, II, 200. Séparation des patrimoines, II, 315, 316, 317. Solidarité, II, 974. Vente d'hérédité, III, 644. Cautionnement, III, 978. Hypothèque, III, 1511. Tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, III, 1478.

Congé. A l'effet de faire cesser le bail, III, 697 à 700. Au cas de vente de la chose louée, III, 702. Au cas où le bailleur vient occuper la maison louée, III, 709. En fait de louage de service, III, 721.

Congrégations religieuses. Personnes morales, I, 106. Capacité de recevoir à titre gratuit, II, 380, 382. Incapacité relative de recevoir spéciale aux — de femmes et aux membres de ces —, II, 395. Caducité des legs faits à des —, II, 654. Fiducie, II, 670.

Conjoint. Présomption d'absence,

333. Droit d'option accordé au — de l'absent, I, 367. Opposition à mariage, I, 481. Nullité du mariage, I, 525.

Conjoint survivant, II, 131 à 133, 135 à 139. Mariage putatif, I, 552 *bis* à 554.

Conquêts de communauté. Actif de la communauté légale, III, 49. Biens présumés —, III, 81. Hypothèque légale, III, 1252. Hypothèque judiciaire, III, 1276.

Conseil d'Etat. Son rôle dans la confection du code civil, I, 18 à 20, 101. Avis ayant force de loi pour l'interprétation du code civil, I, 98.

Conseil de famille, I, 989.

Minorité. Attribution du —, I, 1019 à 1029. Composition du —, I, 1023 à 1025. Convocation et mode de délibérer, I, 1026 à 1027. Incapacité d'être membre du —, I, 1051. Exclusion du — I, 1053. Actes du —, avis et délibérations, I, 1076 à 1098. Consentement à mariage, I, 437, 511 à 521, Délation de la tutelle, I, 1019. Convol de la mère, I, 1006 à 1010. Emancipation, I, 1123. Nomination du curateur, I, 1126.

Interdiction, I, 1165, 1172 à 1174.

Substitutions permises. — des appelés, II, 697. V. *Mineur, Tuteur.*

Conseil de tutelle, I, 999 à 1002.

Conseil judiciaire, I, 1184. Personnes auxquelles on nomme un —, 1185. Qui peut provoquer sa nomination, I, 1188. Effets de cette nomination, I, 1189. Rôle du —, I, 1191. Incapacité du — : traités, I, 1114; dispositions à titre gratuit, II, 386; achat, III, 490. Condition de la personne soumise à un —, I, 1189 à 1193, II, 834. *Spécialités.* Reconnaissance d'enfant naturel, I, 902. Acceptation de succession, II, 148. Action en partage, II, 225. Capacité de disposer à titre gratuit, II, 370. Donation entre époux par contrat de mariage, II, 762. Institution contractuelle, II, 742, 754. Prescription libératoire de dix ans, II, 1162, 1166. Contrat de mariage, III, 30. Baux, III, 661. Dissolution de la société, III, 795. Prêt de consommation, III, 827. Transaction, III, 989. Hypothèque légale, III, 1244. Hypothèque conventionnelle, III, 1287. Délaissement, III, 1464. Surenchère en cas de purge, III, 1534. Renonciation à une prescription acquise, III, 1591. Suspension de la prescription, III, 1662.

Consentement. Théorie générale, II, 796 à 798. — des futurs époux au mariage, I, 420, 496, 501 à 510. — de famille au mariage, I, 423 à 439, 511 à 521. — des père et mère à l'adoption, I, 938. — mutuel des époux en matière de divorce, I, 665, 670, et de séparation de corps, I, 772, 773, 794. *Manifestation du —.* Distinction des contrats consensuels et des contrats solennels, II, 792. *Actes solennels.* Mariage, I, 469. Adoption, I, 948. Recon naissance d'enfant naturel, I, 894. Dona tion entre vifs, II, 354, 462 à 467 Testament, II, 358, 545. Subrogation con ventionnelle par le débiteur, II, 1048 1049. Contrat de mariage, III, 17. Subro gation à l'hypothèque légale de la femm mariée, III, 1239. — Tacite réconductio en matière de bail, III, 700, 707, 71 Mandat, III, 905. *Défaut absolu de —* Mariage. I, 496. Contrats en général, I 801, 1148. *Vices du — (dol, erreur, vio lence, lésion).* Contrats en général, I 799 à 821. Action en nullité ou en resci sion, II, 1153 à 1161. Prescription libéra toire de dix ans, II, 1165. Mariage, 501 à 510. Acceptation de succession, I 159 à 163. Renonciation à succession, I 182 à 184. Partage d'hérédité, II, 337 349. Capacité de disposer à titre gratui II, 373. Transaction, III, 1001 à 1008. - V. *Nullité, Rescision.*

Conservateurs des hypothèques *Attributions.* Inscriptions hypothécaires III, 1369, 1387, 1390. Inscription d'offic du privilège de vendeur, III, 1165. Renou vellement d'inscription, III, 1404. Radia tion, III, 1417. Transcription, III, 1524 *Responsabilité.* Inscription, III, 1555. Ins cription d'office, III, 1165, 1167. *Registre* des conservateurs; leur publicité, III 1550 et s.

Consignation. A la suite d'offre réelles, II, 1060, 1064, 1067 à 1068. D deniers provenant d'une succession va cante, II, 216. Hypothèque, III, 1511.

Consolidation. Mode d'extinction d l'usufruit, I, 1392 à 1394.

Constitut possessoire, III, 512-3

Constitution, I, 29. Division des pou voirs, I, 29. — en vigueur, I, 30 et s.

Constitution de dot. V. *Dot.*

Consuls. Actes de l'état civil de Français en pays étranger, I, 261, 262 473. Mariage des étrangers en France, 477.

Constructions. Accession, I, 1281 1283. Distance à observer pour certaine —, I, 1530. — élevées par le propriétai du sol avec les matériaux d'autrui, 1284 à 1286; par un simple possesseu sur le sol d'autrui, I, 1287; par un usu fruitier, I, 1337; par le testateur su l'immeuble légué, II, 616; par le ma sur un propre de la femme sous la com munauté, III, 146, 148; par le mari su l'immeuble dotal, III, 382; par un tie détenteur sur l'immeuble grevé d'u privilège ou d'une hypothèque, III, 147 1476. Privilège des architectes, entrepre neurs et ouvriers, III, 1153. V. *Impenses*

Consul. Mariage des étrangers e France, I, 477; des Français en pay étranger, I, 473.

Contenance. Vente, III, 522 à 531 Bail, III, 711.

Contraintes administratives. Hypothèque judiciaire, III, 1272.

Contrainte par corps. Législation nouvelle, II, 1076, III, 1010. Dépositaire infidèle, III, 864. Caution judiciaire, III, 982.

Contrat. Mode d'acquérir, II, 3. Source des obligations, II, 784. Distinction du — et de la convention, II, 784. Différence avec la pollicitation, II, 785. Effet des lois relatives aux contrats quant aux temps qu'elles régissent, I, 55. Division des —, II, 786 à 793. Conditions essentielles à l'existence et à la validité des —, II, 795 à 856. Principe de la liberté des conventions. Restrictions qu'il comporte, I, 95. Effets des — entre les parties, II, 858 à 906, à l'égard des tiers, II, 908 à 926, 873 à 881. Interprétation des —, II, 907. Distinction des contrats nuls et des contrats inexistants, II, 1148 à 1150; des contrats nuls et des contrats rescindables, II, 1151 à 1152. V. *Capacité, Cause, Consentement, Objet.*

Contrats aléatoires, III, 880 et s.

Contrat de mariage, III, 1, Stipulations qui peuvent y être insérées, III, 4 à 11. Des divers régimes matrimoniaux, III, 12 à 16. Caducité du —, III, 1, 3. Forme du —, III, 17. Epoque à laquelle il doit être fait, III, 18. Immutabilité du —, III, 18 à 23, 37. Capacité des parties, III, 24 à 30, II, 1161. Effets des conventions matrimoniales à l'égard des tiers, III, 31. Publicité du —, III, 31. Point initial, III, 37. *Spécialités.* Mariage putatif, I, 552 *bis,* 553. Donations par — aux époux ou aux enfants à naître, II, 736 à 754. Donations entre époux par —, II, 755 et s. Condition des biens donnés par — sous le régime dotal, III, 345. V. *Régimes.*

Contrat pignoratif, III, 1045.

Contre-halage, I, 1293.

Contre-lettre, II, 1223 à 1227. Privilège du vendeur d'immeuble, III, 1143, Contrat de mariage, III, 19 à 23.

Contributions. Domicile, I, 314. Usufruit, I, 1378. Bail, III, 683. Antichrèse, III, 1049. Contraintes administratives, III, 1272.

Contumace, I, 201, 203, 210, 217.

Conventions. V. *Contrats, Ordre public.*

Conventions matrimoniales. Définition, III, 2. V. *Contrat de mariage, Régimes.*

Conversion, du jugement de séparation de corps en jugement de divorce, I, 795 à 798; d'une instance en séparation de corps en instance de divorce, I, 802 et s.

Convol. Le — de la belle-mère lui fait perdre le droit de réclamer des aliments à son gendre ou à sa bru, I, 593, 595.

Copies d'actes ou de titres. Force probante, II, 1236. Extrait des registres de l'état civil, I, 249 à 252.

Copropriété. V. *Communauté* (*indivision*).

Corbeaux. Marques de non-mitoyenneté, I, 1478.

Corps législatif. Son rôle dans la confection du code civil, I, 18 à 20, 101.

Correction (Droit de). Des pères et mères légitimes, I, 964 à 973. Des pères et mères naturels, I, 986. De la mère : en cas d'absence du père, I, 401; au cas de divorce lorsque les enfants lui sont confiés, I, 752. Du tuteur, I, 1055.

Cotuteur. Mari de la femme remariée, I, 1007 à 1008. Dispositions à titre gratuit, II, 386. Achat des biens pupillaires, III, 490. Hypothèque légale, III, 1245.

Courtage matrimonial, II, 853.

Coutumes (anciennes). Leur abrogation, I, 26. Défense de s'y référer dans les conventions matrimoniales, III, 10. Pays de —, I, 12. V. *Usages.*

Créances, I, 1201, II, 782.

Considérées en elles-mêmes. Meubles incorporels, I, 1239. Différence avec les servitudes personnelles et réelles, I, 1419 à 1420. Actif de la communauté légale, III, 45. Possession, II, 1025, III, 1601. Don manuel, II, 467. Prescription instantanée des meubles, III, 1730.

Envisagées comme objet des droits. Usufruit d'une —, I, 1344. Constitution de dot, III, 424. Gage, III, 1025.

Au point de vue du droit de succession. Partage des — héréditaires, II, 329, 335. Rapport à succession, II, 279. Créances qui doivent être comprises dans la masse à former pour le calcul de la quotité disponible, II, 436.

Quant à la capacité ou au pouvoir de les toucher ou de les céder. Tuteur, I, 1057, 1134. Mineur émancipé, I, 1134, 1137. Personne soumise à un conseil judiciaire, I, 1190. Grevé de substitution, II, 705. Mari sous la communauté, III, 129; sous le régime dotal, III, 376. Femme séparée de biens, III, 186. V. *Cession de créance.*

Créanciers (*en général*), I, 1201, II, 782. Droit de gage sur tous les biens du débiteur, III, 1059 à 1061. Présomption d'absence, I, 333. Déclaration d'absence, I, 343. Action paulienne ou révocatoire, II, 915 et s. Moyens accordés aux — des copartageants pour réprimer la fraude dans les partages, II, 319. Rapport à succession, II, 251, 281, Réduction, II, 430 à 434. Droit de poursuite des créanciers en matière de succession, II, 287. Condition de validité du paiement, II, 1023. Cession de biens, II, 1072. Perte de la chose due, II, 1140. Mentions libératoires mises par le — à la suite, en marge et au dos d'un acte, II, 1231. Société, III, 787. Renonciation à la pres-

cription faite par le débiteur, III, 1596, 1597. Nullités de mariage basées sur un intérêt pécuniaire, I, 526. V. *Action paulienne, Créanciers chirographaires, Créanciers hypothécaires, Exercice des droits et actions du débiteur, Mesures conservatoires, Saisie.*

Créanciers chirographaires. *Admis :* à pratiquer une saisie immobilière, III, 1566 ; à se prévaloir de l'absence d'inscription, III, 1327, du défaut de transcription d'une donation faite par le débiteur, II, 483, du défaut de transcription de la substitution, II, 703, de l'inefficacité des contre-lettres, II, 1226 à 1227, de l'omisson des formalités exigées pour changements apportés au contrat de mariage, III, 23; à exercer l'action paulienne, II, 922. *Non admis :* à surenchérir en cas de purge, III, 1533 ; à opposer l'absence de date certaine, II, 1219 à 1221. Cession de créance, III, 629. Liquidation de la succession bénéficiaire, II, 207 à 212. Séparation des patrimoines, II, 307, 317 à 318. V. *Créanciers en général.*

Créanciers hypothécaires. Etendue de leurs droits en ce qui concerne la créance garantie, III, 1192 à 1198, 1393 à 1401, quant à l'immeuble hypothéqué, III, 1195 à 1196, 1323. Droit de poursuite des — en matière de succession, II, 288 à 294. Rapport des immeubles, II, 268. Liquidation de la succession bénéficiaire, II, 208. Séparation des patrimoines, II, 307. Action paulienne, II, 922. Date certaine, II, 1219 à 1221. Autorité de la chose jugée, II, 1292. Droit de poursuite contre le tiers détenteur, III, 1426, 1433 à 1434, 1441. Droit de surenchère en cas de purge, III, 1533. V. *Créanciers en général, Hypothèque.*

Créanciers saisissants. Cession de créance, II, 629. 630. Transcription de la saisie immobilière, III, 1203.

Créanciers des époux. V. *Communauté conventionnelle, Communauté légale, Régime dotal, Régime exclusif de communauté, Séparation de biens conventionnelle.*

Crédit. Apport social, III, 759.

Crédit ouvert. Hypothèque conventionnelle, III, 1280.

Crédit foncier. Purge, III, 1515.

Croupier. Société, III, 778.

Curateur *(en général).* — du mort civilement, I, 209. — au patrimoine délaissé par le présumé absent, I, 331. — à l'émancipation, I, 1126. — de la personne non interdite placée dans une maison d'aliénés, I, 1196. — au ventre, I, 1003. — au bénéfice d'inventaire, II, 203. — à succession vacante, II, 215, 181. — au sourd-muet, II, 471. — à l'immeuble délaissé par hypothèque, III, 1466. — à la substitution, II, 697. Abandon de la succession bénéficiaire, II, 20
V. *Conseil judiciaire.*

Curateur des mineurs émancipé
Nomination, I, 331. Fonctions, I, 113
1137. *Spécialités.* Opposition à mariag
I, 484. Acceptation de donation, II, 47
Capacité relative de disposer ou de rec
voir à titre gratuit, II, 386. Achat d
biens pupillaires, III, 490. Hypothèq
légale, III, 1244. V. *Mineurs émancipe*

Date. Acte de l'état civil, I, 237. Ac
authentique, II, 1185, I, 251 à 252. Test
ment olographe, II, 548 à 550, 555. Ren
viagère, III, 893.

Date certaine. Théorie générale, I
1218 à 1221. Quittance, II, 1222. Subr
gation personnelle par le créancier, I
1047. Dettes de la femme antérieures a
mariage sous la communauté légal
III, 86 à 92; sous le régime dotal, I
395. Constitution du gage, III, 1023. Pr
vilège du bailleur d'immeuble, III, 109
Rang de l'hypothèque légale de
femme mariée pour l'indemnité des de
tes contractées avec son mari, III, 133
Preuve du juste titre en matière
prescription, III, 1696. Traités relatifs
la gestion tutélaire, I, 1111.

Dation en paiement. II, 1029, I
478. — entre époux, III, 480. Retrait li
gieux, III, 652. Libération de la cautio
III, 977. Privilège du vendeur d'imme
bles, III, 1139. Extinction des privilèg
et hypothèques, III, 1495. Droits de m
tation, II, 1073. Reprises de la femme
la dissolution de la communauté, I
223.

Décès. *Constatation.* Actes de —
278. *Cause d'ouverture de droi*
Preuve acquise du — en matière d'a
sence, I, 382. Succession *ab intest*
II, 22. Présomptions de survie (*comm*
rientes), II, 24. Représentation, II, 6
Succession anomale, II, 94. Retour co
ventionnel, II, 494 à 496. Substitutio
permises, II, 707. — du codébiteur so
daire laissant plusieurs héritiers, II, 97
Date certaine dans les actes sous sei
privé, II, 1218.

Décharge : — du cautionnemen
envoyé en possession définitive, I, 38
de la dette alimentaire, I, 606.

Déchéances. — résultant de l'ex
ration d'un délai préfix ; Absence, I, 38
Désaveu ; I, 842 ;... Différences entre l
déchéances et la prescription, I, 387.
résultant du divorce, I, 755. V. *Délai.*

Déconfiture. Déchéance du term
II, 957. Délégation, II, 1094. Compens
tion, II, 1119. Droits des créanciers
la femme mariée sous la communau
en cas de déconfiture du mari, III, 17
Délivrance en matière de vente, III, 51
Dissolution de la société, III, 795. Exig
bilité du capital d'une rente constitué
III, 843. Fin du mandat, III, 937. Recou

de la caution, III, 973. Privilège des frais de la dernière maladie, III, 1076. Privilège du bailleur d'immeuble, III, 1094 à 1098.

Décrets. Publication, I, 41.

Dédit de mariage. II, 851.

Dégradation civique. I, 198 à 201, 210, Déchéance de la puissance maritale, I, 640.

Déguerpissement. V. *Abandon.*

Déguisement. V. Donations déguisées.

Délais. Calcul des — en matière de filiation légitime, I, 818. — de l'action en désaveu, I, 840 à 844. — accordé au tuteur pour proposer ses excuses, I, 1048. Calcul du — de la majorité, I, 1154. — pour faire inventaire et délibérer : dans le cas de succession, II, 192 à 196 ; dans le cas de communauté, III, 168, 204 à 208. — De l'action en révocation des donations pour cause d'ingratitude, II, 514. — des actions contre le vendeur d'immeubles pour défaut de contenance, III, 529. — de l'action en garantie pour vices rédhibitoires en matière de vente, III, 565, 567. — du réméré, III, 586. — de l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, III, 608, 609. — de la saisie-revendication du bailleur d'immeubles, III, 1103. — de l'inscription du privilège du copartageant au point de vue du droit de préférence, III, 1169. — de l'inscription en vue de conserver le droit résultant de la séparation des patrimoines, III, 1179, 1435. — de l'inscription des privilèges du vendeur et du copartageant au point de vue du droit de suite, III, 1436 à 1440. — de l'inscription de l'hypothèque légale de la veuve, du mineur devenu majeur et de l'interdit relevé de l'interdiction, III, 1343 à 1350. — de la péremption des inscriptions, III, 1402 à 1411. — accordé au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué pour payer ou délaisser, III, 1467, 1469, 1470. — des inscriptions à prendre en cas de purge des hypothèques légales, III, 1546 à 1548. Calcul des — en matière de prescription, III, 1680, 1726. — de l'action en revendication des choses perdues ou volées, III, 1746.

Délai de grâce. V. *Terme de grâce.*

Délaissement. De l'immeuble grevé de privilèges ou d'hypothèques, III, 1458. V. *Abandon.*

Délégation, II, 1081, 1091 à 1095.

Délit. Acceptions diverses de ce mot, II, 1346, 1350. — *de droit civil.* Définition II, 1346. Obligation d'en réparer les conséquences, II, 1349. La femme mariée est tenue de cette obligation indépendamment de toute autorisation, I, 633. L'exécution peut en être poursuivie sur ses biens dotaux, III, 384, mais non sur les biens de la communauté, III, 96, 126. *Secus* des obligations résultant des — commis par le mari, III, 122. Le mineur est obligé par son —, II, 1161. Solidarité encourue par tous ceux qui ont commis conjointement un même —, II, 984, 989, 1350. Preuve du —, II, 1276, 1277. — *de droit pénal,* I, 193. Responsabilité solidaire, II, 969.

Délivrance (Demande en). *En matière de succession* ab intestat. De la part héréditaire de l'enfant naturel en concours avec les parents légitimes, II, 104, 137. *En matière de legs.* Théorie générale, II, 604 et s. Applications : Aux legs universels, II, 584, 585 ; Aux legs à titre universel, II, 598 ; Aux legs à titre particulier, II, 604 et s. En quel état la chose léguée doit être délivrée, II, 615. Exécuteur testamentaire, II, 628. Ne sont pas astreints à la — : les personnes appelées à exercer un droit de retour légal, I, 947, II, 87, 128 ; les institués contractuellement, II, 748 ; l'époux donataire de son conjoint pendant le mariage, II, 762.

Délivrance (obligation de). Donation, II, 476. Vente, III, 509 à 531. Cession de créances, III, 623. Louage, III, 667.

Demande reconventionnelle. Divorce, I, 766. Compensation judiciaire, II, 1132. Interruption de la prescription, III, 1639. V. *Reconvention.*

Démence. Cause d'interdiction judiciaire, I, 1157 à 1159. Cause d'opposition à mariage, I, 483, 484. Capacité de disposer à titre gratuit, II, 368. Suspension de la prescription, III, 1656 à 1659. Délit et quasi-délit, II, 1348. V. *Interdiction, Insanité d'esprit.*

Demeure (mise en), II, 884 à 886. Nécessaire : pour mettre la chose due aux risques du débiteur, II, 884, 1138 et s. ; pour le rendre passible de dommages et intérêts, II, 892, 900 ; pour faire courir les intérêts moratoires, II, 897, 900, et l'anatocisme, II, 903 ; pour rendre le débiteur passible de l'application d'une clause pénale, II, 1008 et de celle du pacte commissoire, II, 950. La — résultant du fait de l'un des créanciers solidaires profite à tous, II, 966. La — de l'un des débiteurs solidaires nuit à tous, II, 972, 973. De la demeure à l'effet de résoudre la vente pour non paiement du prix, III, 576 ; pour défaut de retirement de la chose vendue, III, 579 à 580. La — n'est pas nécessaire pour la demande en remboursement d'une rente constituée, III, 843, pour la poursuite de la caution, II, 961. De la — à l'effet de poursuivre l'hypothèque ou le privilège contre le tiers détenteur, III, 1467 à 1469. V. *Commandement, Sommation.*

Déni de justice, I, 86.

Dénization, I, 173.

Départements. Personnes morales, I, 106. Capacité de recevoir à titre gratuit, II, 382. Capacité de contracter, II, 832.

Dépens. V. *Frais et dépens.*

Dépôt. Du — en général et de ses diverses espèces, III, 848 à 850. — volontaire, 852 à 867. — irrégulier, III, 861. — nécessaire, III, 868 et s. — d'hôtellerie, III, 871 et s. — judiciaire, III, 879. Différence avec les autres contrats analogues, III, 850, 861, notamment avec le séquestre, III, 878. *Spécialités.* Envoi en possession provisoire, I, 356. Faute, II, 867, III, 858. Compensation, II, 1122. Preuve testimoniale, II, 1257, 1276, 1277. Qualités de la possession en vue de prescrire, III, 1612, 1629, Prescription instantanée des meubles, III, 1743.

Désaveu de paternité, I, 819 à 853. Causes de — I, 820 à 836. A qui appartient l'action en — I, 837. Délai dans lequel cette action doit être intentée, I, 840. Effets du — I, 847.

Déshérence, II, 214.

Désistement. Différence avec la transaction, III, 984. Créancier surenchérisseur, III, 1538. Interruption de la prescription, III, 1642.

Destination du père de famille. Constitution des servitudes réelles par — I, 1567. Eaux de source, I, 1435. Distance à observer pour les plantations, I, 1525. Distance à observer pour les vues, I, 1538.

Dette alimentaire. V. *Aliments.*

Dettes *(en général)*, II, 782. Droit de gage général sur tous les biens du débiteur, III, 1059 à 1061. Imputation des paiements, II, 1056 à 1059. Offres réelles suivies de consignation, II, 1060 à 1071. Novation par changement de —, II, 1080. Remise de la —, II, 1096 et s. Compensation, II, 1113 et s. V. *Créances, Obligations.*

Dettes de l'absent. Les envoyés en possession provisoire ou définitive en sont-ils tenus ? I, 358, 379.

Dettes des époux. *Communauté légale.* Passif de la communauté lors de son établissement et pendant sa durée, III, 82 et s. Passif de la communauté à sa dissolution, III, 232 à 246. *Communauté conventionnelle.* Communauté d'acquêts, III, 255. Clause de réalisation, III, 260 à 261. Ameublissement, III, 281. Clause expresse de séparation des dettes, III, 283 à 287. Clause d'apport, III, 289. Clause de franc et quitte, III, 290. Clause de reprise d'apport franc et quitte, III, 296 à 297. Clause de partage inégal de la communauté, III, 311 à 320. Communauté à titre universel, III, 321. *Régimes sans communauté.* Exclusion de communauté, III, 332. Séparation de biens, III, 336. Paiement des dettes de la femme dotale ou du constituant de la dot, III, 395. Hypothèque légale garantissant l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, III, 1337. V. *Charges.*

Dettes et charges des donations. *Personnes tenues de les payer.* Donataire de biens à venir, II, 748. Donataire de biens présents et à venir, I, 751 à 752, 474. Donation faite sous condition d'acquitter les dettes du donateur, II, 488. *Donations avec charges* ou onéreuses, II, 526. Révocation des donations pour inexécution des charges, II, 506 et s. Privilège du donateur d'immeuble pour assurer l'exécution des charges, III, 1141.

Dettes et charges de l'hérédité. Distinction des dettes et des charges, I, 31 à 33, 283. *Personnes tenues de les payer ou de contribuer à leur acquittement.* Héritiers légitimes, II, 284, 303. Successeurs exerçant un droit de retour légal, I, 947, II, 87, 128, 28. Usufruitiers de tout ou partie des biens du défunt, I, 1380 à 1385. Successeurs irréguliers, II, 285, 199. Légataire universel, II, 593, 285 à 286. Légataire à titre universel, II, 599, 285 à 286. Institué contractuellement, II, 285, 74. Acheteur d'une hérédité, III, 643 à 64. Héritier bénéficiaire, II, 200, 201. Subrogation légale au profit de l'héritier bénéficiaire, II, 1054. Saisine héréditaire, I, 31. *Règlement du passif héréditaire.* I. la contribution aux —, II, 285. De l'obligation aux —, II, 287. Dette hypothécaire, II, 293. Dette indivisible, II, 294. Rente due par la succession et garantie par une hypothèque, II, 300 à 302. *Spécialités.* Rapport des dettes, II, 241, 279, 281. Calcul de la quotité disponible, I, 435, 438. Donation par contrat de mariage, II, 738. — des successions échues aux époux mariés sous la communauté, III, 102 à 111.

Deuil de la veuve. Sous la communauté légale, III. 231. Sous le régime dotal, III, 440. Hypothèque légale, II, 1228.

Devis et marchés, III, 727 et s.

Dévolution. — d'une ligne à l'autre, II, 65. — d'un degré au degré subsequent, II, 176. — de la succession laissée par un enfant naturel, II, 122 à 129.

Discussion. *Condition préalable de l'exercice de certaines actions.* Action en réduction de donation dirigée contre des tiers détenteurs, II, 448. Action hypothécaire de la femme mariée sur des biens soumis à un droit de retour conventionnel, II, 500. Action paulienne, II, 91. Action en réméré exercée par les créanciers du vendeur, III, 590. Cautionnement, III, 961, 982. Tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire, III, 144.

Expropriation forcée des immeubles d'un mineur ou d'un interdit, III, 1562.

Dispenses. — d'âge pour se marier, I, 422. — de publications de mariage, I, 459. — à raison de la parenté ou de l'alliance, I, 448, 535. Le mariage contracté en vertu de dispenses légitime-t-il les enfants nés d'un commerce incestueux ? I, 884. — de rapport, II, 246, 256 à 261, 424 à 427.

Dispositions à titre gratuit. *Divers modes de disposer à titre gratuit,* II, 352. V. Donation à cause de mort, Donation entre vifs, Testament, Substitution fidéicommissaire, Partage d'ascendant, Donation par contrat de mariage, Donation entre époux, Dot, Remise de dette. *Droit de disposer à titre gratuit*, Capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, II, 364 à 405. Epoque à considérer quant à cette capacité, II, 403, Sanction des incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit, II, 396. Quotité de biens dont il est permis de disposer à titre gratuit, II, 406. Ordre dans lequel doit s'opérer la réduction des —, II, 439. Libéralités qui s'imputent sur la quotité disponible ou sur la réserve, II, 457 et s. — d'usufruit et de nue propriété sous le rapport des substitutions fidéicommissaires, II, 684. — par le mari des biens de la communauté, III, 115 à 121. Capacité de la femme séparée judiciairement, III, 186. *Modalités des* —. Conditions impossibles ou illicites, II, 359 à 363. V. *Donations entre vifs, Legs, Quotité disponible, Réduction, Réserve.*

Dispositions transitoires. Mort civile, I, 222. Divorce, I, 802. Prescription, III, 1752. V. *Questions transitoires.*

Distance à observer : pour les plantations, I, 1520 à 1529; pour certaines constructions, I, 1530; pour les vues, I, 1536 à 1538.

Distances légales. Promulgation et publication des lois, I, 33, à 41.

Distribution par contribution, III, 1062. Héritier bénéficiaire, II, 210 à 211.

Divertissement. Succession *ab intestat*, II, 185 à 187. Communauté légale, III, 198, 229.

Divorce, I, 662. Notion et appréciation, I, 663, 666. Aperçu historique, I, 665. Différences avec la séparation de corps, I, 664. Effet rétroactif, I, 675.

Demande en —. Causes qui l'autorisent, I, 672. Moyens de preuve admis par la loi, I, 674, 677, 687. Personnes ayant qualité pour demander le —, I, 682, 683. Procédure du — I, 684 à 737. Mesures provisoires, I, 722 à 727. Cause d'extinction de l'action en — I, 730 à 737.

Effets du —. Premier effet : Dissolution du mariage, I, 739 à 754. Influence sur l'obligation alimentaire, I, 741, 765; sur le droit de successibilité, I, 741 ; sur le droit de puissance paternelle, I, 750 à 753 ; sur le régime matrimonial des époux, I, 748, III, 165, 183. Deuxième effet : Déchéances, I, 755 à 766. *Spécialités.* Désaveu de paternité, I, 828 à 832.

Dol. Théorie générale, II, 811 à 818. Mariage, I, 501. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 904. Acceptation de succession, II, 160. Renonciation à succession, II, 182. Partage, II, 337 et 338. Donation entre vifs et testament, II, 373. Evaluation des dommages-intérêts, II, 895. Prescription de l'action en nullité, II, 1165. Vente de droits successifs entre cohéritiers, II, 344. Acceptation et répudiation de la communauté légale, III, 202. Transaction, III, 1003.

Domaine. — *public :* national, I, 1258 ; communal, I, 1259. — *privé :* de l'Etat, I, 1258 ; communal, I, 1259.

Domestiques. Domicile des —, I, 311 à 312. Témoignage des — dans les procès en divorce et en séparation de corps, I, 702, 768 à 769. Droit d'usage, I, 1410. Capacité pour les — du notaire d'être témoins testamentaires, II, 576. Legs faits à des —, II, 622. Responsabilité civile du maître, II, 1352. Louage des —, III, 719, Privilège des —, pour leurs gages, III, 1079 à 1080. Prescription de leur action pour gages, III, 1708, 1714. Mandat tacite pour divers achats, III, 914.

Domicile. Théorie générale. Distinction du —, de la résidence et de l'habitation, I, 297, 298. Intérêts pratiques de la détermination du —, I, 300, 301, — politique et — civil, I, 299.

Diverses espèces de — civil, I, 302 : *a.* — d'élection ou — spécial, I, 317 à 325; *b.* — ordinaire ou général, I, 303 à 316.

Deux espèces : α. — de fait ou établi par la volonté de l'homme, I, 313 à 314. Changement de —, I, 313 à 314. β. — de droit ou établi par la loi, I, 304 à 312. A quelles personnes ce domicile est imposé : Fonctionnaires nommés à vie, I, 305 ; Femme mariée, I, 306, 310 ; Mineur non émancipé, I, 308 ; Interdit, I, 310 ; Majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, I, 311. Cessation du — de droit, I, 312.

De l'absence complète de —, I, 315. De la pluralité de —, I, 316, 316 *bis,* 319.

Spécialités. Etranger, Domicile en France, I, 148 à 151. Absence, I, 338. Mariage, I, 465 à 467 *bis.* Réintégration du domicile conjugal par l'époux qui l'a abandonné, I, 620. Adoption. I, 948. Tutelle, I, 1021, 1022. Interdiction, I, 1163. Ouverture de succession, I, 301. Paiement en général, II, 1038. Paiement du prix de vente, III, 569. Caution, III, 956. Durée du délai de la prescription de dix à vingt ans, III, 1701 à

1703. Election de — pour l'opposition à mariage, I, 487. Bordereau d'inscription hypothécaire, III, 1388. Notifications à fin de purge, III, 1526. V. *Election de domicile.*

Dommages-intérêts, II, 888.

En matière de contrats ou de quasi-contrats.— compensatoires et — moratoires, II, 888, 897. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à —, II, 889. Evaluation des —, II, 893. — conventionnels ou clause pénale, II, 1003. Obligation de faire ou de ne pas faire, II, 887. Pacte commissoire, II, 943 à 944. Solidarité passive, II, 973. Indivisibilité des obligations, II, 1001. Perte de la chose due, II, 1140. Gestion d'affaires, II, 1386. Vente de la chose d'autrui, III, 500 à 505. Défaut de délivrance de la chose vendue, III, 518. Eviction, III, 550. Vices rédhibitoires, III, 564. Garantie en matière de cession de créance, III, 635. Eviction en matière d'échange, III, 654. Société, III, 772. Spécialité de l'hypothèque, III, 1310.

En matière de délits ou de quasi-délits, II, 1349. V. *Clause pénale, Demeure, Faute contractuelle.*

Don manuel, II, 467. Choses susceptibles d'être transmises par —, II, 467. Etat estimatif, II, 468. Révocation pour survenance d'enfant, II, 526.

Donations à cause de mort, II, 352, 428.

Donations de biens à venir. V. *Donations par contrat de mariage.*

Donations déguisées. — Valables quant à la forme, II, 467. Nulles quand elles sont faites au profit d'incapables, II, 396, ou en fraude des dispositions légales qui fixent la quotité disponible entre époux, II, 778. Les — sont soumises à la loi du rapport à succession, II, 255, et de la révocation pour survenance d'enfant, II, 526.

Donations entre époux. — pendant le mariage, II, 758. — par contrat de mariage, II, 756. Révocation résultant : du divorce, I, 757 à 764 ; de la séparation de corps, I, 791. Communauté légale, III, 230, V. *Donations par contrat de mariage.*

Donations entre vifs.

Théorie générale. Définition, II, 352 à 357. Comparaison avec le testament, II, 359. Mode d'acquérir, II, 3. Capacité de disposer et de recevoir par —, II, 364 et s. Biens susceptibles de former l'objet de —, II, 484 à 486. Modalités : Conditions impossibles ou illicites, II, 359 à 363 ; Conditions casuelles, potestatives ou mixtes, II, 487. Formes des —, II, 462, 470, 761. — d'effets mobiliers, II, 468, 761. — nulles en la forme, II, 469, 1242. Effets des —, II, 472 et s. De la règle *Donner et retenir ne vaut,* II, 356, 484 et s. Exceptions à l'irrévocabilité des —, II, 505 et s. De la réserve de l'usufruit des bie donnés, II, 492 à 493. Stipulation droit de retour, II, 494 et s. Retour lég ou successoral, I, 947, II, 84, 127.

Donations envisagées au point de v du droit des successions. Rapport à su cession, II. 241 et s., 252 et s., 264 278. — par préciput, II, 256 à 261, 419 420. — d'un immeuble excédant la qu tité disponible, faite à un successible av dispense de rapport, II, 282. Rédu tion des — excédant la quotité dispo ble, II, 428 et s. — d'un usufruit d'une rente viagère excédant la quot disponible, II, 421. Aliénation en fave d'un successible soit à charge de re viagère soit à fonds perdu ou av réserve d'usufruit, II, 424 à 426. De rétention et de l'imputation des — fai à des successibles, II, 457. — faites à d enfants adultérins ou incestueux, II, 8

Spécialités. Donation d'une mais avec tout ce qui s'y trouve, I, 12 Partage d'ascendant, II, 712. Stipu tions pour autrui, II, 826. Remise dette, II, 1097. Propres des époux sous communauté légale, III, 58. Pouvoirs mari sur les biens de la communauté, I 115. Constitution de dot, III, 154 et 347 et s. Rente viagère, III, 889. Pri lège du donateur d'immeubles, III, 6 V. *Acceptation de donation, Dettes charges des donations, Dispositions titre gratuit, Dot, Etat estimatif meubles, Rapport à succession, Réd tion, Règle* Donner et retenir ne va *Retour conventionnel, Retour légal successoral, Transcription.*

Donations indirectes. Rapport succession, II, 254. Révocation pour s venance d'enfant, II, 526. Réduction — excédant la quotité disponible en époux, II, 778, 779.

Donations mutuelles ou récip ques. Révocation pour survena d'enfant, II, 526 ; pour ingratitude, 511. — entre époux, II, 759.

Donations onéreuses. Rapport succession, II, 252. Révocation des pour inexécution des charges, II, 5 pour survenance d'enfant, II, 526 ; p ingratitude II, 511.

Donations par contrat de m riage. Diverses espèces, II, 736. *Règ communes,* II, 737. Révocation p ingratitude, II, 511 : divorce, I, 757 à 7 pour survenance d'enfant, II, 527, 5 Effets du retour conventionnel sur l'I pothèque légale, II, 500. Règle *Donner retenir ne vaut,* II, 490. — *faites par tiers au profit des futurs époux:* de bie présents, II, 739 ; de biens à venir institution contractuelle, II, 740 à 7 Promesse d'égalité, II, 750. — de bie présents et à venir, II, 751. Régime tal, III, 345.

Entre époux. V. *Donations entre époux.*

Donations rénumératoires. Retour successoral, II, 92. Rapport à succession, II, 252. Révocation pour ingratitude, II, 511 ; pour survenance d'enfant, II, 526. — faites à un médecin ou à un ministre du culte, II, 392. — faites par l'auteur d'une institution contractuelle, II, 745.

Donation testamentaire. V. *Testament.*

Dot. Nature du contrat de constitution de dot, III, 360 à 364.

Sous la communauté légale. Constitution de — III, 154. De la garantie de la — et des intérêts, III, 163. Séparation de biens en cas de péril de la —, III, 173 à 174. Rapport à la masse de la communauté de la — constituée à un enfant d'un autre lit ou à un enfant commun, III, 214.

Sous le régime dotal. Constitution de —, III, 347 à 359. Nature du contrat de constitution de —, III, 360 à 364. De la garantie de la — et des intérêts, III, 359. Séparation de biens, III, 403, 420-6°. Estimation de la —, III, 370 à 372. Rapport de la — à la succession du constituant, III, 160, 362, 442. Restitution de la —, III, 421. Preuve de l'apport de la — et de sa consistance, III, 430.

Spécialités. Constitution de — en faveur de l'enfant d'un interdit, I, 1176 ; en faveur de l'enfant d'un condamné à une peine afflictive perpétuelle, I, 212, 219, 220. Retour conventionnel, II, 580. Révocation pour survenance d'enfant, II, 527. Substitutions permises, II, 708. Action paulienne, III, 360 à 364. Hypothèque légale, III, 1228, 1334, 1335. V. *Régime dotal.*

Double original, II, 1194 à 1204.

Drainage. Servitude d'écoulement des eaux provenant du —, I, 1458, Privilège pour travaux de —, III, 1153. Condition du fonds dotal, III, 386.

Droit *(science).* Définition, I, 1. Son but, I, 6. Ses divisions : — naturel ou positif, I, 1 ; — public, privé ou international, I, 7 ; — civil ou des gens, I, 8 ; — écrit ou coutumier, I, 9.

Droit français. Etude historique de ses différentes sources, I, 10. — ancien, I, 11. — intermédiaire, I, 15. — nouveau, I, 17. — Diverses parties du —, I, 27.

Droits *(facultés légales).* Définition, I, 108. — politiques et civiles, I, 108. Jouissance des droits civils, I, 111 à 169. Privation des droits civils, I, 170. — réels et personnels, I, 1200, 1201. Des — réels qu'on peut avoir sur les biens, I, 1260. Nature mobilière ou immobilière, I, 1231 à 1232, 1238. Nature du droit du preneur, III, 703. Droits éventuels en matière d'absence, I, 388. Droits éventuels en matière de prescription, III, 1678. Différence avec l'intérêt, I, 49. V. *Condition, terme.*

Droits attachés à la personne, II, 909, 913, I, 1203, 608, 609. V. *Exercice des droits et actions du débiteur.*

Droits de mutation. V. *Enregistrement.*

Droits litigieux. Cession de —, III, 492, 646. Transaction, III, 984, 995, 997, 999.

Droits successifs. V. *Cession de droits successifs.*

Eaux. — qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs, I, 1428. — de source, I, 1433. Droit d'usage sur les — de source au profit des communautés d'habitants, I, 1438. — courantes, I, 1442, II, 4, III, 1618. Règlements d'eau, I, 1447. Servitudes relatives à l'irrigation et à l'écoulement des —, I, 1449. Servitude d'aqueduc, I, 1450. Servitude d'appui, I, 1456. Servitudes relatives à l'écoulement des — nuisibles, I, 1458. — pluviales, I, 1459, 1540. Objets enlevés par les —, I, 1548.

Echange. *Théorie générale,* III, 653. Différence entre l' — et la vente, III, 655.

Spécialités. Retour successoral, II, 99. — d'immeubles propres à l'un des époux sous la communauté, III, 61. — de l'immeuble dotal, III, 399. Arrhes, III, 460. Garantie des vices rédhibitoires dans les ventes et — d'animaux domestiques, III, 567. Privilège du vendeur d'immeuble en cas d'— avec soulte, III, 1140. L'immeuble donné et l'immeuble reçu en — par un mari, un tuteur ou un comptable sont également frappés de l'hypothèque légale, III, 1251. V. *Subrogation réelle.*

Ecritures privées non signées, II, 1228. V. *Livres.*

Education (devoir d'), I, 581 à 587.

Effets de commerce. Négociation, II, 478, III, 631.

Effets mobiliers. Définition, I, 1254. Donation d' —, II, 468. Résolution de la vente d' —, pour non-paiement du prix, III, 575, 579. Résolution de la vente d' — pour défaut de retirement, III, 579. Privilège du vendeur d' —, III, 1109 et s. Saisie-revendication au profit du vendeur d' —, III, 1120 et s.

Egoût des toits. Servitude légale, I, 1540. Servitude continue, I, 1556. Acquisition de la servitude par la prescription, I, 1563 ; par destination du père de famille, I, 1567. Extinction de la servitude par le non-usage, I, 1577.

Election de domicile. I, 317 à 325. *Spécialités :* Opposition à mariage, I, 487.

Eluvion, I, 1295.

Emancipation. Théorie générale, I, 1117 et s. Usufruit légal, I, 985. V. *Mineur émancipé.*

Empêchements de mariage, I, 450 à 454. — résultant : de l'impuberté des époux ou de l'un d'eux, I, 421 à 422, 522 à 527, 529 à 532 ; du défaut de consentement des ascendants ou de la famille, I, 423 à 431, 437 à 439, 511 à 521 ; de l'absence d'actes respectueux, I, 432 à 436 ; de l'existence d'un précédent mariage non dissous, I, 440, 522 *bis* à 527, 533 à 534 ; de la parenté ou de l'alliance au degré prohibé, I, 441 à 448 ; de l'adoption, I, 944 ; de la non expiration des dix mois de viduité, I, 451, 657 à 661 ; du divorce, I, 451, 743 à 745 ; du refus d'autorisation des supérieurs militaires, I, 451. V. *Mariage.*

Emphytéose. I, 1261. Hypothèque, III, 1212. Saisie immobilière, III, 1560.

Emploi. Absence, I, 353. Tutelle, I, 1068 à 1071. Substitutions permises, II, 699. Séparation de biens judiciaire, III, 189. Régime dotal, III, 399, 400. V. *Clause d'emploi, Remploi.*

Enclave. Du droit de passage en cas d' —, I, 1541 et s. Condition du fonds dotal, III, 386.

Endossement, II, 478, 631.

Enfants. Sens générique du mot — dans l'art. 911, II, 399 *bis ;* dans l'art. 951, II, 495; dans l'art. 1098, II, 772 ; dans l'art. 1409 *in fine,* III, 100; dans les art. 1555, 1556, III, 391. Devoir d'éducation, I, 580 à 587. Obligation alimentaire, I, 588. Enfants mineurs de l'absent, surveillance, I, 399. Enfants de l'indigne, II, 55. Dommages causés par les — qu'on a sous sa garde, II, 1352. De l'établissement des —, I, 587 ; sous la communauté légale, III, 115, 125, 154 et s., 214 ; sous le régime dotal, III, 389 à 391. Réduction des avantages résultant de l'adoption de la communauté légale ou conventionnelle quand il y a des enfants d'un précédent mariage, III, 324. V. *Enfants illégitimes, Enfants légitimes.*

Enfants adoptifs. Droits des — I, 946. Obligation alimentaire, I. 945. Retour légal ou successoral, II, 95. Réserve, II, 411. Révocation de donation par survenance d'enfant, II, 530, 534. Quotité disponible en cas de secondes noces, II, 772.

Enfants illégitimes. Distinction en trois classes, I, 879.

Enfants simplement naturels. Constatation de la filiation des —, I, 892 à 931. Légitimation, I, 882. Acquisition de la qualité de Français par la naissance, I, 117. Domicile, I, 309. Mariage, I, 438. Obligation alimentaire, I, 596, 915. Adoption des — I, 942. Puissance paternelle sur les — I, 986. Tutelle, I, 1153. Droits successifs des — II, 102 à 111 ; en concours avec les héritiers légitimes, II, 106. Représentation des — prédécédés, II. 111. Saisine héréditaire, II, 29 et s., 103, 588. Imputation des dons fai l'enfant naturel par le défunt et différences avec le rapport, II, 11 114, I, 919. De la réduction par le des droits successifs de son — II, 115 De la succession aux — II, 122. Ret légal au profit des frères et sœurs lé mes de l'—, II, 127. Retrait successo II, 104. Réserve des —, II, 115, 412 Droit de réduction au profit des — 911 à 914. Capacité de recevoir à t gratuit, II, 112, 387, 388. Présompti légales d'interposition de personnes, 399, 399 *bis,* 780. Révocation de do tion pour survenance d'enfant, II, à 534. Retour conventionnnel, II, Condition de l' — institué légataire versel, II, 588.

Enfants adultérins ou incestue Prohibition de la reconnaissance —, I, 899. Constatation de leur filiat I, 900 *bis.* Adoption, I, 942. Légitimat I, 884, 834. Obligation alimentaire 596. Droit des — II, 120. De la suc sion aux —, II, 122. Incapacité rela de recevoir à titre gratuit, II, 387. donations faites à des —, II, 852. *Enfants, Enfants légitimes, Légiti tion, Reconnaissance, Filiation.*

Enfants légitimes. Preuve de filiation paternelle des — , I, 814 à 8 de la filiation maternelle des —, I, à 878. Acquisition de la qualité de Fr çais par la naissance, I, 114 et s. Do cile, I, 308. Du mariage des —, I, 42 437. De la puissance paternelle sur —, I, 960 à 985. Droits successifs des II, 76 et s., 122, 123. Réserve, II, Présomption légale d'interposition personnes, II, 399 *bis,* 780. Révoca de donation pour survenance d'enf II, 528 à 532. Quotité disponible e époux quand le disposant laisse enfants d'un précédent mariage, II, V. *Enfants.*

Enfants d'un autre lit. Nullité mariage basées sur un intérêt pé niaire, I, 526.

Enquête. — préliminaire obligé la déclaration d'absence, I, 344. Divo I, 701 et s.

Engagements qui se forment s convention, II, 1330. V. *Délit, Qu contrat, Quasi-délit, Loi.*

Enlèvement. Recherche de la pa nité, I, 920 à 922.

Enregistrement. Absence, I, Succession par transmission, II, Legs, II, 607. Révocation de con tions, II, 861. Cession de biens, II, 1 Dation en paiement, II, 1073, III, Date certaine, II, 1218. Reprise époux sous la communauté, III, Saisie des immeubles dotaux pour pa les droits d' —, III, 384. Frais de ve III, 477. Vente faite avec réserve de

faculté d'élire command, III, 475. Vente à réméré, III, 597. Vente de récoltes pendantes ou de coupes à faire, I, 1217. Transaction, III, 997. Constitution de gage, III, 1022, 1023. Contraintes administratives, III, 1272. Constitution de l'hypothèque conventionnelle, III, 1314. Délaissement de l'immeuble hypothéqué, III, 1459. Renonciation à une prescription acquise, III, 1590.

Entrepreneurs. — de voitures et roulages, III, 726.— d'ouvrage, III, 728, — de constructions, III, 733 à 740. Privilège immobilier, III, 1153, 1173, 1382.

Envoi en possession. En matière d'absence, I, 346 et s. ; pouvoirs des envoyés, I, 359, 360. En matière de successions irrégulières, II, 135 à 139. En matière de succession aux enfants naturels, II, 138. En matière de legs universels, II, 590, 592. V. *Absence.*

Epaves, II, 16.

Epoux. Droits et devoirs respectifs des —, I, 611 et s. Position de l'époux présent en matière d'absence, I, 367 à 375. Opposition à mariage, I, 480. Demande en nullité de mariage, I, 507. Demande en interdiction, I, 1160. Droit de successibilité réciproque, II, 131 et s. Présomptions légales d'interposition de personnes, II, 399 *bis.* Donation entre — par contrat de mariage, II, 756; pendant le mariage, II, 758. Responsabilité civile, II, 1353. Récompenses dues par l'un des époux à l'autre sous la communauté, III, 149. Liquidation des créances personnelles de l'un des époux contre l'autre sous la communauté, III, 230. Avantages entre — résultant des conventions matrimoniales, III, 324. Ventes entre — , III, 480 et s. Suspension de la prescription entre — , III, 1666. V. *Autorisation maritale, Femme mariée, Conjoint.*

Equipement. Rapport à succession II, 257 à 260.

Erreur. Théorie générale, II, 800 à 804. *Spécialités.* Erreur dans la personne, cause de nullité de mariage, I, 503 à 510. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 904. Erreur considérée comme base de la bonne foi en matière de : mariage putatif, I, 545; acquisition des fruits, I, 1270 et s. Acceptation de succession, II, 163. Renonciation à succession, II, 182. Partage, II, 337. Donations entre vifs et testaments, II, 373. Paiement fait par —, II, 953, 1129. Prescription de l'action en nullité, II, 1165. Répétition de l'indû, II, 1340. Rétractation de l'aveu judiciaire, II, 1302. Transaction, III, 1001 à 1009. Prescription de dix à vingt ans, III, 1697 à 1700.

Erreur commune. Témoins testamentaires, II, 576.

Esclaves. Perte de la qualité de Français, I, 188,

Escroquerie. Prescription instantanée des meubles, III, 1743.

Essai de conciliation. Divorce, I, 694. Séparation de corps, I, 780, 781.

Etablissements d'aliénés, I, 1195. V. *Aliénés.*

Etablissements publics et d'utilité publique. Personnes morales, I, 106. Distinction des deux sortes d'établissements, III, 1249. Acceptation de dons et legs, II, 382. Capacité de contracter en général, II, 832. Incapacité pour les administrateurs des — de se rendre adjudicataires des biens confiés à leurs soins, III, 490. Capacité de transiger, III, 988. Hypothèque légale sur les biens des comptables, III, 1249, 1250. Prescription, III, 1594.

Etangs. V. *Marais, Poissons des étangs.*

Etat *(civitas).* Personne morale, I, 106. Domaine de l' — , I, 1256 à 1258. Droit de l' — en matière de mines, I, 1281, 1355; sur les choses *nullius,* II, 5, sur les îles formées dans les fleuves et rivières navigables ou flottables, I, 1298. Droit de pêche dans les rivières dépendant du domaine public, II, 8. Epaves, II, 16. Droits successifs de l' —, II, 134, I, 947. Succession en deshérence, II, 214. Responsabilité civile à raison du fait de ses agents ou employés, II, 1352. Hypothèque légale, III, 1248, 1250. Prescription, III, 1594. — dispensé de fournir caution comme successeur irrégulier, II, 135; comme surenchérisseur, III, 1535.

Etat *(status).* Définition, I, 109. Caractères des droits relatifs à l' — des personnes, I, 1204. Effets des lois relatives à l' — des personnes, I, 50, 68, 70. Transaction, III, 990. V. *Action en contestation de légitimité. Action en contestation d'état. Action en réclamation d'état.*

Etat civil. Définition, I, 224. Aperçu historique, I, 225. Sécularisation de l'état civil, I, 225. Comment sont constatés les faits relatifs à l'état civil, I, 224.

Actes de l' —.

Dispositions générales. Personnes qui figurent dans les actes de l' —, I, 227. Rédaction des actes de l' —, I, 235. Registres de l'état civil, leur publicité, I, 239. Extraits des registres, 245 à 247. Nature et force probante des actes de l' — I, 248. Cas où la loi autorise exceptionnellement la preuve par témoins des naissances, mariages et décès, I, 253. Des actes de l' — des Français en pays étranger, I, 259. Sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes de l' —, I, 263. Nullités des actes de l' — , I, 266. Rectification des actes de l' —, I, 285.

Règles spéciales. Actes de naissance, I, 270. Actes de mariage, I, 469, 470. Actes de publications de mariage, I, 459. Actes de décès, I, 278. Actes de reconnaissance d'enfant naturel, I, 276. Adoption, I, 949 à 951. Hypothèses particulières de décès, I, 283.

Appendice. Lois relatives à la réorganisation et à la reconstitution des actes de l' — après la guerre de 1870-1871, I, 292 à 296.

Etat des immeubles. Envoyés en possession provisoire, I, 354. Usufruitier, I, 1360. Usager et habituaire, I, 1409. Mari dotal, III, 381.

Etat des lieux. Louage, III, 684.

Etat estimatif des meubles compris dans une donation entre vifs, II, 468. Donations entre époux pendant le mariage, II, 761. Rapport à succession, II, 277.

Etrangers. Aperçu historique, I, 143, et s. Leur condition en France : avant le code civil, I, 143 à 147 : dans notre droit actuel, I, 148 à 169, I, 144.

Condition politique. jouissance des droits politiques, I, 149. Jouissance des droits semi-politiques : Tutelle, I, 154; Conseil de famille, I, 154. Témoins dans les actes de l'état civil, I, 234 ; dans les actes notariés, I, 168; dans les testaments, I, 168, II, 576. Nationalité de la femme étrangère qui épouse un Français, I, 132.

Condition civile. Des — admis à fixer leur domicile en France. I, 149. Des — qui n'ont pas en France de domicile autorisé, I, 152. Régime de réciprocité diplomatique, I, 152 à 155. Compétence des tribunaux français quant aux contestations entre Français et — I, 156 à 160; entre —, I, 161. Caution *judicatum solvi,* I, 162 à 167. Mariage, I, 477. Adoption, I, 154, 936. Succession *ab intestat,* I, 155, II, 42. Dispositions à titre gratuit, I, 155, II, 384. Cession de biens, I, 153, 168. Concession de mines, I, 153. Régime matrimonial des époux — mariés en France, III, 16. Hypothèque légale de la femme étrangère, III, 1225. Contrainte par corps, I, 168, III, 1010.

Eviction. III, 533 et s. V. *Garantie d'éviction.*

Evier (Servitude d'), I, 1557.

Exceptions. Charge de la preuve, II, 1177. Prescription de l' — de nullité ou de rescision, II, 1169. Diverses — que les codébiteurs solidaires peuvent opposer au créancier, II, 974. — personnelles à l'obligé ou inhérentes à la dette en matière de cautionnement, III, 950, 976. Indivisibilité de l' — de garantie en matière de vente, III, 542. De l' — de jeu, III, 881 à 886 *ter.* Des — que peut opposer le tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire, III, 1444 et

Exceptions (*bénéfices*).

Codébiteurs solidaires. — de divisi II, 971.

Caution. — de discussion, III, 961. de division, III, 965. — de subrogati III, 971.

Tiers détenteur poursuivi par l'act hypothécaire. — de discussion, III, 14 — de garantie, III, 1451. — supprimé de priorité d'hypothèque, de cess d'actions, de répétition d'impenses, 1452. V. *Discussion, Subrogation pers nelle.*

Exception de chose jugée. V. *torité de la chose jugée.*

Exception dilatoire. *Pour fa inventaire et délibérer.* Héritier, II, à 196. Femme commune en biens, 204 à 208. Héritiers de la femme co mune, III, 209. *Pour mettre en ca* Codébiteur solidaire poursuivi par créancier, II, 971. Codébiteur d'une de indivisible assigné pour la totalité l'obligation, II, 1001. Acheteur trou dans la possession de la chose vend III, 543.

Excès sévices ou injures grav Cause de divorce, I, 676.

Exclusion de communauté, 327.

Exécuteur testamentaire, II, 6 Autorisation maritale, I, 641, 625. S sine de l' —, II, 626. Fonctions de l' II, 628. Nature de l'exécution testam taire, II, 631. Comment elle prend II, 632.

Exécution par effigie, I, 201, 2

Exequatur. Sentences arbitrales, 1257. Jugements rendus par les tri naux étrangers, III, 1264.

Exercice des droits et actions débiteur. Théorie générale, II, 909 s. Lien avec la théorie de l'action p lienne, II, 923.

Droits et actions qui peuvent être ex cés par les créanciers. Action en nul pour défaut d'autorisation maritale 651. Recherche de la maternité, I, 9 Acceptation de succession, II, 182 à 1 Action en partage, II, 221. Droit demander le rapport, II, 251; la réd tion des dispositions excédant la quo disponible, II, 431. Action en révocat des donations pour inexécution charges, II, 507. Retrait d'indivision, 78. Droit d'option de la femme en l'acceptation ou la répudiation de communauté, III, 196. Droits pour créanciers de la femme commune d'ex cer ses reprises en cas de faillite ou déconfiture du mari, III, 172. Action nullité de l'aliénation du fonds do exercée par les créanciers de la fem III, 412. Droit d'exercer le réméré, 590. Prescription, III, 1595 à 1598.

Droits exclusivement attachés à la personne. Action en nullité de mariage pour vice du consentement des époux, I, 507 ; pour défaut de consentement de la famille, I, 514, 515. Demande en divorce ou en séparation de corps, I, 683, 776. Action en désaveu, I, 837, 838. Droit de jouissance légale des père et mère, I, 980. Action en révocation des donations entre vifs pour ingratitude, II, 515. Exécution testamentaire, II, 632. Révocation des donations entre époux faites pendant le mariage, II, 759. Demande en séparation de biens, III, 172. Action du mari tendant à faire révoquer l'aliénation du fonds dotal, III, 408.

Exhérédation, II, 578.

Expertise. Exercice de l'action *æstimatoria* ou *quanti minoris* pour vices rédhibitoires en matière de vente, III, 564. Rescision pour cause de lésion dans les ventes d'immeubles, III, 610. Privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers, III, 1155. Echange de l'immeuble dotal, III, 399.

Expromission, II, 1081. Différence avec le cautionnement, II, 1081.

Expropriation forcée, III, 1558 et s. V. *Saisie immobilière.*

Expropriation pour cause d'utilité publique. Limitation du droit de propriété, I, 1264.— de l'immeuble grevé d'usufruit, I, 1365 *bis*, 1398. — de l'immeuble grevé d'une servitude réelle, I, 1580. Révocation de testament par suite de l' — de la chose léguée, II, 646. — de l'immeuble dotal, III, 375, 401. Cause de cessation du bail, III, 701. — de l'immeuble grevé de privilèges ou d'hypothèques, III, 1307. Acquisition dispensée de la purge, III, 1517.

Extraits des actes de naissance de mariage et de décès. V. *actes de l'état civil, Etat civil.*

Facultativité. Contrats en général, II, 963. Communauté légale, III, 85. Rescision de la vente pour lésion, III, 616.

Faculté. Les actes de pure — ne peuvent fonder ni possession ni prescription, III, 1617, 1618. Droit de couper les racines et de faire couper les branches des arbres du voisin, I, 1526, 1528. Action en bornage, I, 1462. Acquisition de la mitoyenneté, I, 1484.

Faiblesse d'esprit. Nomination d'un conseil judiciaire, I, 1169, 1185. V. *Conseil judiciaire.*

Faillite. Simple indisponibilité résultant pour le failli du jugement déclaratif de —, II, 332, III, 1289. Déchéance du terme, II, 957. Délégation, II, 1094. Compensation, II, 1119. Délation pour les syndics du serment litis-décisoire, II, 1313. Droits des créanciers de la femme en cas de — du mari sous la communauté légale, III, 172. Effet de la — de l'acheteur sur l'obligation de la délivrance, III, 517. Dissolution de la société, III, 795. Remboursement de la rente constituée, III, 843. Fin du mandat, III, 936. Cautionnement, III, 973. Pouvoir de transiger chez les syndics, III, 987. Privilège des frais de la dernière maladie, III, 1076. Privilège du bailleur d'immeubles en cas de — du preneur, III, 1098. Privilège et droit de résolution du vendeur d'effets mobiliers non payé, III, 1125. Hypothèque légale des créanciers du failli, III, 1222. Restrictions apportées à l'hypothèque légale de la femme du failli, III, 1230. Nullité des hypothèques conventionnelles consenties par le failli aux approches de sa—, III, 1289. La — du débiteur arrête le cours des inscriptions des privilèges et hypothèques, III, 1374, 1380 à 1386. Efficacité des inscriptions hypothécaires prises sur les biens du failli aux approches de sa —, III, 1374. Renouvellement d'inscription au cas de —, III, 1381. V. *Concordat, Déconfiture.*

Fait du prince. Vente, III, 537. Bail, III, 679.

Famille. Notions générales sur la —, I, 408 et s. Consentement de la — au mariage, I, 423 et s. Nullité du mariage pour défaut de consentement de la —, I, 511 et s. — adoptive, I, 943 à 947. — de l'enfant naturel, I, 906, II, 122 à 129. Avis de la — en matière d'interdiction judiciaire, I, 1165. Droit d'usage et d'habitation, I, 1410. Privilège des frais funéraires, III, 612. Privilège des frais de la dernière maladie, III, 1075. Privilège des fournitures de subsistances, III, 1081. V. *Alliance, Conseil de famille, Parenté.*

Faute aquilienne, II, 869. V. *Délit, Quasi-délit.*

Faute contractuelle. Théorie de la prestation des fautes dans les contrats en général, II, 865 à 869. Cette théorie est applicable aux obligations résultant des quasi-contrats et de la loi, II, 869. Droit aux dommages-intérêts, II, 891. Envoyés en possession provisoire, I, 361. Tuteur, I, 1056, II, 869. Usufruitier, I, 1369. Héritier bénéficiaire, II, 206, 869. Curateur à succession vacante, II, 216. Débiteur sous condition, II, 939. Codébiteurs solidaires, II, 973. Débiteur d'un corps certain, II, 1138 à 1145. Gérant d'affaires, II, 869, 1336. Mari administrateur des biens de sa femme, III, 127, 333, 1228. Preneur à bail, III, 682. Architectes et entrepreneurs de constructions, III, 734. Voiturier, III, 723. Associé, III, 772. Commodataire, II, 867, III, 813 à 817. Dépositaire, II, 867, III, 858. Dépôt d'hôtellerie, III, 872. Mandataire, III, 918. Créancier gagiste, III, 1037. Obliga-

tions résultant des quasi-contrats, II, 869. Obligations résultant de la loi, II, 869. V. *Responsabilité.*

Faux incident. V. *Inscription de faux.*

Femme. *Incapacités.* Tutelle, I, 1051. Conseil de famille, I, 1051, Curatelle, I, 1129. Témoin dans les actes de l'état civil, I, 234. Témoin testamentaire, II, 576. *Privilèges.* Puberté légale, I, 421. Majorité matrimoniale, I, 425. Actes respectueux, I, 433. Faculté de refuser la tutelle légale, I, 1046.

Femme mariée Incapacité de la —, I, 623. Action en nullité, I, 650 à 654, II, 1153. Prescription de l'action en nullité, II, 1165, 1172. Domicile de droit, I, 306, 307. Résidence, I, 618 à 620. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 902. Curatelle du mari, I, 1126, 1127. Interdiction du mari, I, 1174, 1175. Rescision de la vente d'immeuble pour cause de lésion, III, 608. Hypothèque légale de la femme mariée, III, 1223 et s., 1250 à 1253. Son rang, III, 1334 et s. Inscription, III, 1334. Restriction, III, 1359. Réduction, III, 1368. Suspension de la prescription, III, 1664. V. *Autorisation maritale.*

Fermages, III, 656. Fruits civils, I, 1267, 1320, 1325. Paiement des fermages par anticipation à un mineur émancipé, I. 1134. Trancription de l'acte portant cession ou quittance de — non échus, II, 874. Paiement par anticipation de — non échus en cas de sous-location ou de cession de bail, III, 694. Privilège du bailleur d'immeubles pour le paiement des —, III, 1084 et s. Prescription quinquennale, III, 1717 à 1726. — V. *Bail, Louage.*

Fiançailles. Présomptions légales d'interposition de personnes, II, 399 *bis.*

Fidéicommis, II, 398, 670. Fidéicommis *de residuo* ou *de eo quod supererit,* II, 678. Fidéicommis conditionnel, II, 682. V. *Substitution fidéicommissaire.*

Fidélité (Devoir de), I, 613. Divorce, I, 741. Séparation de corps, I, 789.

Fiducie, II, 398, 670.

Filets. Marques de non-mitoyenneté, I, 1478.

Filiation, I, 812, 813.

Légitime. — paternelle, I, 814 à 853. — maternelle, I, 854 à 878.

Illégitime. — naturelle simple, I, 879, 892 à 931. — adultérine ou incestueuse, I, 879, 899 à 900 *bis,* 931.

Adoptive, I, 813, 932 et s.

V. *Enfants légitimes, Enfants illégitimes, Maternité, Paternité, Reconnaissance.*

Fin de non-recevoir. Action en nullité du mariage : pour violence ou erreur, I, 508; pour défaut de consentement des ascendants ou de la famille, I, 517 à 521; pour impuberté, I, 530. Action en divorce, I, 732 à Action en séparation de corps, I, Action en désaveu pour naissance coce, I, 836.

Fleuves. V. *Rivières.*

Foires et marchés. Prescri instantanée des meubles, III, 1745.

Folie. V. *Insanité d'esprit, Dém*

Fonctions publiques. Domici 305. Tutelle, I, 1040. Vente, III, 496. sion de droits litigieux, III, 492. Priv à raison d'abus et prévarications mis dans l'exercice des —, III, Cautionnement des fonctionnaires blics, I, 1196, III, 1133, 1556.

Fonds de commerce. Usufrui 1343. Actif de la communauté légale 45. Garantie d'éviction en cas de v III, 541. Privilège du vendeur, III,

Force exécutoire, II, 1189.

Force majeure. V. *Cas fortui de force majeure.*

Force publique. Epoux récalcit I, 620.

Force probante. Actes de l'état I, 249. Testament olographe, II, 5 555. Testament public, II, 564. T ment mystique, II, 572. Acte auth que, II, 1183 à 1188. Acte sous privé, II, 1213 à 1222. Livres de merce, II, 1229. Registres et pa domestiques, II, 1230. Mentions lib toires mises à la suite, en marge o dos d'un acte, II, 1231. Tailles, II, Copies des titres, II, 1236. Acte réc tif, II, 1238. Preuve testimoniale, II, Présomptions légales, II, 1281. Aveu 1298. Serment litis-décisoire, II, 13 1323. Serment supplétoire, II, 1328 *Preuve.*

Formule exécutoire, II, 1189.

Forêts. V. *Bois.*

Forfait de communauté, III, 2

Fossés, I, 1503 à 1519. V. *Mito neté.*

Fosses d'aisances Distance à ob ver, I, 1530.

Four. Distance à observer, I, 153

Frais.

Dépens. Opposition à mariage, I, — des procès concernant la jouiss en matière d'usufruit, I, 1386. — par l'héritier pendant les délais faire inventaire et délibérer, II, 1 196. — résultant de l'acceptation d succession sous bénéfice d'inventaire 212. — faits par l'exécuteur testam taire, II, 629. — d'inventaire dans le de substitutions permises, II, 698 d'estimation des biens objet d'un par d'ascendant en vue d'établir la lés II, 734. — des offres réelles et d consignation, II, 1063, 1071, — de lés, inventaire, vente de mobilier, l dation, licitation et partage sou

communauté, III, 101, 234. Etendue du recours de la caution, III, 970. Privilège des — de justice, III, 1073, 1162. Enonciations des bordereaux d'inscription hypothécaire, III, 1388. Prescription, III, 1709.

Frais et loyaux coûts. Retrait successoral, II, 238. Demande en délivrance de legs, II, 607. Paiement, II, 1039. Remploi sous la communauté, III, 69. Acte de vente, III, 477. Délivrance de la chose vendue, III, 515. Enlèvement de la chose vendue, III, 515. Restitution des — du contrat à l'acquéreur qui se désiste d'une vente faite avec indication de contenance, III, 529. Eviction de la chose vendue, III, 550. Exercice du réméré, III, 593. Rescision de la vente d'immeuble pour cause de lésion, III, 614. Exercice du retrait litigieux, III, 649. Echange III, 655. Bail, III, 683. Exécution du mandat, III, 924. Avance des — de la vente garantie par le privilège du vendeur, III, 1143. — de l'inscription hypothécaire, III, 1391. — de purge, III, 477, 1532. — à payer en sus de son prix par l'adjudicataire sur surenchère en cas de purge, III, 1542. — de transcription, III, 477.

Frais de conservation. Privilège, III, 1108.

Frais de la dernière maladie. Privilège, III, 1076, 1162.

Frais d'entretien, de nourriture et d'éducation. Obligation dérivant du mariage, I, 581. Charges de la jouissance légale des père et mère, I, 981. Rapport à succession, II, 259. Passif de la communauté légale, III, 100. Passif de la communauté d'acquêts, III, 255.

Frais de noces, d'équipement. Rapport à succession, II, 258, 259.

Frais de labours et semences. Usufruit ordinaire, I, 1323. Communauté légale, III, 48. Communauté d'acquêts, III, 254.

Frais de récoltes. Privilège, III, 1105.

Frais funéraires. Charges de la jouissance légale des père et mère, I, 981. Charges héréditaires, II, 32, 155. Légataire universel, II, 593. Privilège, III, 1075, 1162.

Français. Acquisition de la qualité de —, I, 113 : *a. Par droit de naissance,* I, 114. Enfant issu de parents français, I, 115. Enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né, I, 120; *b. Par le bienfait de la loi,* I, 124. Enfant né en France d'un étranger qui lui-même n'y est pas né, I, 125 à 127. Enfants de l'étranger naturalisé, I, 128 à 129. Enfant né en pays étranger d'un Français qui a perdu sa qualité, I, 131. Femme étrangère qui épouse un Français, I, 132. Descendants d'un Français expatrié pour cause de religion, I, 132 *bis; c. Par la naturalisation,* I, 133; *d. Par l'annexion d'un territoire,* I, 140.

Preuve de la qualité de —, I, 142.

Perte de la qualité de Français : Par la naturalisation acquise en pays étranger, I, 173, 174; Par l'acceptation non autorisée de fonctions publiques à l'étranger, I, 175; Par un établissement fait en pays étranger sans esprit de retour, I, 176; Par le mariage d'une Française avec un étranger, I, 181, 182 ; Par l'entrée au service militaire dans une armée étrangère, I, 185 ; Par le démembrement d'une portion du territoire, I, 187 ; Par le trafic ou même la simple possession d'enclaves en pays étranger, I, 188.

Recouvrement de la qualité de Français, I, 179, 180, 183, 184, 185. Ce recouvrement a-t-il lieu avec effet rétroactif, I, 189, 190.

Peut-on être à la fois Français et étranger? ou n'être ni Français ni étranger? I, 191.

Fraude. Différence avec le dol, II, 344. Preuve de la —, II, 398. Présomptions légales, II, 1280. De la — dans les partages et des moyens accordés aux créanciers des copartageants pour la prévenir ou la réprimer, II, 319. Rapport à succession d'avantages résultant d'associations faites avec le défunt, II, 254. Libéralité faite à un incapable sous le nom d'une personne interposée, II, 396 à 399. Donations faites en — de la loi qui fixe la quotité disponible entre époux, II, 778 à 779. Condition d'exercice de l'action paulienne ou révocatoire, II, 915, 918. Aliénation à titre gratuit par le mari des biens de la communauté, III, 119. Vente de droits successifs entre cohéritiers, II, 344. Contrat pignoratif, III, 1045.

Fruits. Définition et distinction des diverses espèces de —, I, 1267, 1318 à 1319. Intérêts pratiques de la distinction, I, 1321. Nature mobilière ou immobilière des —, I, 1214 à 1217.

Droit aux fruits. Acquisition des — par le propriétaire, I, 1268; Par le possesseur de bonne foi, I, 392, 1270; Par l'usufruitier, I, 1321 à 1326; Par l'usager, I, 1410; Par le voisin, I, 1527; Par les envoyés en possession provisoire des biens de l'absent, I, 363 à 364, 382, 383, 385, 392; Par le conjoint de l'absent qui opte pour la continuation de la communauté, I, 375; Par le légataire universel, II, 585; Par le légataire particulier, II, 604 à 606; Par le légataire sous condition, II, 653. Séparation des patrimoines, II, 311. Rapport à succession, II, 261. Réduction, II, 453, 456. Saisine de l'exécuteur testamentaire, II, 627. Actif de la communauté légale, III, 47. Communauté d'acquêts, III, 254. Exclusion de communauté, III, 333. Séparation de biens, III,

336. Régime dotal, III, 379 ,380, 382. Acquisition des — de la chose vendue, III, 520; de la chose louée, III, 712 à 714. Antichrèse, III, 1042. Assiette du privilège du bailleur d'immeubles, III, 1092. Hypothèque en tant que portant sur les — pendants par branches et par racines, III, 1203. Transcription de la saisie immobilière, III, 1203, 1477.

Restitution des fruits : Par le possesseur de mauvaise foi, I, 1278; Par l'héritier exclu de la succession comme indigne, II, 53; En matière de rapport à succession, II, 456; En matière de réduction, II, 453, 456; Par suite de l'ouverture du retour conventionnel, II, 501; En matière de révocation de donation, pour inexécution des charges, II, 509, pour ingratitude, II, 523, pour survenance d'enfant, II, 539; En matière de répétition de l'indû, II, 1344; Par le défendeur sur l'action en nullité ou en rescision, II, 1712; Par le vendeur en cas d'éviction, III, 550; Par le vendeur qui use du pacte de rachat, III, 593 à 594; Par le dépositaire, III, 861; Par le créancier gagiste, III, 1035; Par le tiers acquéreur évincé par suite de surenchère, III, 1475, 1477. Intérêts des restitutions de —, II, 906.

Gage.

Contrat de gage, III, 1017. Conditions requises, III, 1019. Droits du créancier gagiste : dans ses rapports avec les tiers, III, 1021; dans ses rapports avec le débiteur, III, 1028. — tacite, III, 1031. Obligation du créancier gagiste, III, 1037. Différences avec l'antichrèse, III, 1050; Avec la vente à réméré, III, 584. Contrat pignoratif, III, 1045. Prescription instantanée des meubles, III, 1733. Gage commercial, III, 1038. Maisons de prêt sur gage autorisées, III, 1038.

Droit de gage, III, 1017. Conditions requises pour son acquisition, III, 1022. — général des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, III, 1059 à 1062. Sanction du — général, II, 909, 915. V. *Action paulienne, Exercice des droits et actions du débiteur.*

Gains de survie. Conséquence du divorce et de la séparation de corps ou de biens quant aux — I, 757 à 762, 791, III, 193. Préciput conventionnel, III, 300 et s. Hypothèque légale, III, 1228. Question transitoire, I, 55. V. *Survie.*

Garantie d'éviction. Théorie générale, III, 533. Suspension de la prescription, III, 1671 à 1678.

En matière de partage. Partage de succession, II, 330 et s. — relative aux rentes et aux créances comprises dans un partage, II, 335. Partage d'ascendant, II, 723 *ter.* Partage de société, III, 799. Privilège immobilier, III, 1148 à 1150, 1169 et s.

En matière de dispositions à titr tuit. Donations entre vifs, II, 473. II, 618.

En matière de conventions ma niales. — de la dot sous la comm légale, III, 163; sous le régime dot 359. Revendication d'un immeubl pre de la femme commune vendu son consentement par le mari, II Nullité de l'aliénation de l'imr dotal poursuivie par le mari, II poursuivie par la femme, III, 412.

Dans les divers contrats. Vent 532. Vente par le défunt d'un bien tenant à l'héritier bénéficiaire, I Adjudication sur expropriation : III, 538. Cession de créance, III, s. Délégation, II, 1093 à 1095. d'hérédité ou cession de droits succ III, 640. Echange, III, 654. Louag 671 à 679. Société, III, 776. Dat paiement, III, 977, 1495. Trans III, 997. Action en — exercée co débiteur principal par le tiers dét qui a délaissé ou subi l'expropr III, 1482; par le tiers détenteur q rendu adjudicataire, III, 1541. R de l'acquéreur qui a entrepris la contre le tiers qui s'est rendu ad taire, III, 1542. Exception de garai tiers détenteur poursuivi par l hypothécaire, III, 1451.

Garantie des vices rédhibit Vente, III, 562 et s. Ventes et éch d'animaux domestiques, III, 567. L III, 668. Commodat, III, 820. P consommation, III, 829.

Garde-malades. Privilège de de la dernière maladie, III, 1076, 1

Gens de journée et de se Approuvé ou bon pour, II, 1209 ponsabilité civile du maître, II, Louage de services, III, 719. Pri III, 1079, 1162. Prescription, III, 1714.

Gestion d'affaire, II, 1333. rence avec le mandat, II, 1339. *Sp tés.* Héritier ayant payé au delà part d'une dette héréditaire, I Promesses et stipulations pour II, 823. Tiers non intéressé à la d qui l'a payée à la décharge du dé II, 1015 à 1018. Preuve testimoni 1277. Caution engagée à l'insu ou contre la volonté du débiteur pri III, 969, 970.

Gibier. Occupation, II, 6, 7. R sabilité du dommage causé par le 1355. Vente du —, III, 497.

Greffiers. Registres de l'état 242: Reconnaissance d'enfant nat 897. Incapacité de se rendre cess res de droits litigieux de la comp du tribunal où ils exercent leur tions, III, 492. Purge des hypot

légales, III, 1547. Privilège des faits de charge, III, 1133.

Grosse. Définition, II, 1099. Remise de dette, II, 1099 à 1104. Force probante, II, 1236. Transcription sur la — du contrat de mariage des changements apportés aux conventions matrimoniales, III, 23.

Grossesse. Fin de non recevoir contre l'action en nullité du mariage pour impuberté, I, 529. Désaveu, I, 836.

Habitation. En quoi elle diffère du domicile et de la résidence, I, 298 à 299.

Habitation (Droit d'), I, 1408. Immeuble incorporel, I, 1233. Servitude personnelle, I, 1303. Modes d'établissement et d'extinction, I, 1409. Droits qu'il confère, I, 1410. Donation ou legs d'un — excédant la quotité disponible, II, 421. Prescription de dix à vingt ans, III, 1690. Non susceptible de cession, I, 1408; ni de louage, III, 660; ni d'hypothèque, III, 1211; ni de saisie, III, 1560. Transcription des actes constitutifs du —, II, 874. V. *Usage (Droits d').*

Habitation (Droit à l'). Accordé à la veuve sous la communauté légale, III, 210; sous le régime dotal, III, 440.

Haie. Clôture forcée, I, 1500. Distance pour plantation, I, 1520 à 1529. Mitoyenneté, I, 1503 à 1519.

Halage. Chemin de —, I, 1293. Fonds dotal, III, 386.

Héberge. Mitoyenneté, I, 1474 à 1475.

Hérédité. V. *Succession* ab intestat, *Cession de droits successifs, Partage d'hérédité, Pétition d'hérédité.*

Héritier. Sens du mot —, II, 152, Distinction des — *ab intestat* et des — testamentaires, II, 19. Distinction des — légitimes et des successeurs irréguliers, II, 29. De l' — pur et simple, II, 142, 196. De l' — bénéficiaire, II, 142. 198. Des — réservataires, II, 407 à 418. Héritiers contractuels, II, 285. Acte d' —, II, 153 à 157. Intransmissibilité de la qualité d' —, III, 639. Le titre d' — n'est pas un juste titre pour prescrire, III, 1692. De la succession par transmission, II, 166. Effet à l'égard des — des titres exécutoires contre le défunt, II, 303. Action en révocation des donations pour ingratitude, II, 515. Division de la dette solidaire entre les — du codébiteur décédé, II, 977. Dette indivisible, II, 996 à 1001. Continuation de l'instance en séparation de biens, III, 171. Droits des — de la femme au point de vue de l'option entre l'acceptation et la répudiation de la communauté, III, 196, 209. Droits des — de la femme renonçante, III, 249. Clause de reprise d'apport franc et quitte, III, 295. Stipulation de continuation de la société avec les — de l'associé décédé, III, 794. Continuation de la possession, III, 1622 et s. Effets de l'interruption de prescription entre cohéritiers, III, 1653. Serment de crédulité, III, 1712. Dette alimentaire, I, 608, 609. Legs de la chose de l'héritier, II, 621. V. *Ayant cause, Acceptation de succession, Dettes et charges de l'hérédité, Rapport à succession, Réduction, Renonciation à succession.*

Héritier apparent. Sort des aliénations consenties par l' —, I, 393. Paiements, II, 1025.

Héritier présomptif. Présomption d'absence, I, 333. Déclaration d'absence et envoi provisoire, I, 343, 349.

Homologation. De l'adoption, I, 950.

Hospices. Personnes morales, I, 106. Tutelle des enfants admis dans les —, I, 1153. Droits de succession *ab intestat,* II, 100, 140. Capacité de recevoir à titre gratuit, II, 382. Caducité des legs faits à des —, II, 654. Capacité de contracter, II, 832. Incapacité pour les administrateurs des — de se rendre adjudicataires des biens confiés à leurs soins, III, 490. Hypothèque légale, III, 1249.

Hôtellerie. Immeubles par destination, I. 1226. Dépôt d' — III, 871. V. *Aubergistes.*

Huissiers. Compétence, II, 1180. Aveu, II, 1297. Incapacité de se rendre cessionnaires de droits litigieux de la compétence du tribunal où ils exercent leurs fonctions, III, 492. Mandat tacite de toucher et de donner quittance, III, 914. Privilège des faits de charge, III, 1133. Prescription relative à leurs salaires, III, 1708. Prescription de l'action en restitution de pièces, III, 1716.

Hypothèque *(en général).* Notions historiques, III, 1058. Définitions et caractères de l' —, III, 1192. Biens susceptibles d' —, III, 1200. De la règle *Meubles n'ont pas de suite par* —, III, 1217 à 1218. Prohibition de l' — des biens à venir, III, 1298 à 1303. Extensions dont le gage hypothécaire est susceptible, III, 1323. Diverses espèces d' —, III, 1199. Rang de l' — en général, III, 1324. De l'inscription des — III, 1368 et s. Intérêts conservés par l'inscription, III, 1393. Effets des — : Droit de préférence, III, 1194, 1324 à 1367; Droit de suite ou effet de l' — contre les tiers détenteurs, III, 1195, 1426. Conditions requises pour l'exercice du droit de suite, III, 1427. Comment s'exerce le droit de suite, III, 1441. Le droit de préférence peut-il survivre au droit de suite? III, 1484. Extinction des —, III, 1491 et s. Renonciation du créancier à l' —, III, 1497. Prescription de l' —, III, 1502. Purge des —, III, 1457, 1501, 1512 à 1549. De la publicité des registres et de la responsabilité des conservateurs des —,

III, 1550. Comparaison entre les privilèges et les —, III, 1067. Différences entre l'antichrèse et l' —, 1052.

Spécialités. N'est pas susceptible d'hypothèque : la jouissance légale des père et mère, I, 980, III, 1209; ni l'usufruit du mari sous les divers régimes, I, 980, III, 382. Répartition du passif héréditaire au point de vue des dettes hypothécaires, II, 293, 298, 300. Pouvoirs du mari sur les biens de la communauté, III, 114. Immeubles dotaux, III, 383, 386. Legs d'une chose grevée d' —, II, 617, 297. Transmission de l'hypothèque, III, 1214, 1231. V. *Accessoires, Délaissement, Inscription des hypothèques et privilèges, Saisie immobilière, Surenchère, Tiers détenteur.*

Hypothèque conventionnelle, III, 1199. 1279. Obligations pour sûreté desquelles une — peut être consentie, III, 1280. Modalités de la constitution hypothécaire, III, 1280. Conditions requises dans la personne du constituant, III, 1284 à 1291. Hypothèque des immeubles d'un absent, I, 360, III, 1291. Conditions de forme, III, 1312. L' — peut-elle résulter d'un acte passé en pays étranger? III, 1319. Spécialité de l' —, III, 1292 : quant au gage hypothécaire, III, 1293; quant à la créance hypothécaire, III, 1309. Prohibition de l' — des biens à venir, III, 1298. Exceptions à la prohibition, III, 1299 et s. Inscription de l' — portant sur des biens à venir, III, 1328. Temps pendant lequel l'inscription de l' — peut être utilement effectuée, III, 1370 et s. V. *Hypothèque en général.*

Hypothèque judiciaire. Aperçu historique, III, 1254. Source de l' —, III, 1256. Sentences arbitrales, III, 1257. Jugement rendus par des tribunaux français, III, 1259 et s. Jugements rendus par des tribunaux étrangers III, 1264. Actes judiciaires, III, 1269. Contraintes administratives, III, 1272. Constitution d'une — sur les biens d'un administrateur nommé à une personne placée dans une maison d'aliénés, I, 1196, III, 1244, 1261. Assiette de l' —, III, 1273. Appréciation critique de l' —, III, 1278. Rang de l' —, III, 1328. Temps pendant lequel l'inscription de l' — peut être utilement effectuée, III, 1370 et s. 1380, 1381. Réduction de l' —, III, 1424. Dette alimentaire, I, 599. V. *Hypothèque en général.*

Hypothèque légale. Personnes auxquelles l' — est accordée, III, 1222. — *des mineurs et des interdits,* III, 1242. Créances garanties, III, 1246. Sur quels biens elle porte, III, 1250. Son rang, III, 1329, 1332. Dispense d'inscription, III, 1329, 1330. Cessation de la dispense, III, 1343 à 1349, 1381. Mesures tendant à assurer la publicité de l' — des mineurs et des interdits, III, 1350 et s. tion de l' —, III, 1357, 1363. Réd III, 1365. Renouvellement de l' tion, III, 1410. Purge, III, 1545 à

— *des femmes mariées,* III, 44 Epouse putative, I, 555. Femme gère, III, 1225. Créances garant 1227. Sur quels biens elle porte, I 444. Dispense d'inscription, III Rang de l' — de la femme mar 1329, 1334 à 1342. Cessation de la d'inscription, III, 1343 à 1349 Mesures tendant à assurer la pub l' —, III, 1350 et s. Restriction III, 1357 à 1362. Réduction, II Renouvellement de l'inscription, I Purge, III, 1545 et s. Subrogatio de la femme mariée, III, 1231. ciation, III, 1231. Ouverture du conventionnel, II, 500. Ouvertu substitutions permises, II, 708.

— *de l'Etat, des communes et blissements publics,* III, 1247 et quels biens elle porte, III, 12 rang, III, 1328. Du temps où l'ins peut être utilement effectuée, III 1381. Réduction, III, 1423 et s.

— *des créanciers d'une faill* 1222.

— *du légataire,* II, 611, III, 12 cription, III, 1381.

Privilèges immobiliers dégén simples hypothèques, III, 1222 1175, 1179, 1189.

V. *Hypothèque en général.*

Hypothèque maritime, III 1407.

Iles ou îlots. Propriété de l' des riverains suivant les cas, I, 1

Immeubles : Par leur nature, Par destination, I, 1219; Par l'o quel ils s'appliquent, I, 1231; Pa termination de la loi, I, 1235. — porels, I, 1231 à 1235.

Spécialités. Tous les immeuble en France sont régis par la loi fr I, 73, 74; même en ce qui concer transmission par succession, I, — situés en pays étranger sont r la loi étrangère, I, 76. Transpor propriété des — à l'égard des t 479 à 483, 873 à 874. Actif de la c nauté légale, III, 49. — dotaux. inaliénabilité, III, 383, 404. De l prescriptibilité, III, 402. Privilège —, III, 1071, 1135, 1157.

Immobilisation. — par des agricole ou industrielle, I, 1383. perpétuelle demeure, I, 1227. l' — sur le privilège du vendeur mobiliers non payé, III, 1119. actions de la Banque de France, — des actions des canaux d'Orl du Loing, I, 1235. — des rent l'Etat, I, 1235. — des fruits d'un ble par la transcription de la sai

mobilière, III, 1203, 1477; Par la sommation de payer ou de délaisser, au cas d'une poursuite en expropriation contre un tiers détenteur, III, 1477.

Impenses. Définition des — nécessaires, utiles et voluptaires, II, 270. Cas dans lesquels il peut y avoir lieu à la bonification des — : Absence, I, 381. Usufruit, I, 1336 à 1337; Retour successoral, II, 87; Rapport à succession, II, 270; Action en réduction de donations pour atteinte à la réserve, II, 452. Gestion d'affaires, II, 1337; Répétition de l'indû, II, 1345; Régime de communauté, — faites sur un propre, III, 148; Régime dotal, — faites sur les biens dotaux par le mari usufruitier, III, 382, 396; Recours en garantie de l'acheteur évincé, III, 553; Résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, III, 577, pour lésion de plus des sept douzièmes, III, 614, par l'exercice du rachat dans la vente à réméré, III, 593; Commodat, III, 819; Dépôt, III, 866; Gage, III, 1034; Antichrèse, III, 1049; Eviction du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, III, 1476, 1452. Les — donnent-elles droit à un privilège? III, 1108, 1153; au droit de rétention? III, 1108, 1053 à 1054. V. *Constructions.*

Imprescriptibilité. De l'action en déclamation d'état, I, 875.

Impuberté. Mariage, I, 421, 522 à 532.

Impuissance. Empêchement de mariage, I, 454. Désaveu de paternité, I, 822 à 824.

Imputation. *En matière de succession.* Enfants simplement naturels, II, 112. Différence entre l' — et le rapport, II, 113. — des dons faits à des successibles, II, 457. Rapport des dettes, II, 279. Clause d' — de la dot sur la succession du prémourant des constituants, III, 160. *En matière de paiements.* Théorie générale, II, 1056. Compensation, II, 1125. Société, III, 777. Prêt à intérêt, III, 833. Antichrèse, III, 1042.

Inaliénabilité. — des immeubles dotaux, III, 383, 404. Hypothèque judiciaire, III, 1274. — Des propriétés publiques et privées soustraites à Paris pendant l'insurrection de la Commune, III, 1748. — de la dot mobilière, III, 417. Clause d' — II, 361.

Incapacité. — de la femme mariée, I, 623. V. *Autorisation maritale.* — du mineur. V. *Capacité.*

Incendie. D'un bâtiment donné en avancement d'hoirie, II, 266. D'un bâtiment loué, III, 685 à 690. Dépôt nécessaire, III, 869. Exercice du privilège du bailleur sur l'indemnité d'assurance, III, 1088. Droit des créanciers hypothécaires sur l'indemnité d'assurance, III, 1306.

Incessibilité. Créance d'aliments, I, 610 *bis,* III, 903. Droit d'usage et d'habitation, I, 1408. Usufruit paternel, I, 980. Usufruit marital, III, 382, 1209.

Inceste, I, 441 à 449, 522 à 527, 535. Adoption, I, 535. Filiation incestueuse, I, 879, 884, 899, 931.

Incompétence. — *De l'officier de l'état civil,* cause de nullité du mariage, I, 539, 522 à 527. — *du juge.* La demande formée devant un juge incompétent fait-elle courir les intérêts ? II, 902. Interruption de prescription, III, 1641. Hypothèque judiciaire résultant d'un jugement rendu par un tribunal incompétent, III, 1263. V. *Compétence.*

Indemnité. V. *Impenses.*

Indignité. De l'héritier, II, 43. Jouissance légale des père et mère, I, 979, II, 55. Retour successoral, II, 87. Rapport à succession, II, 249. — du légataire, II, 648. Dette alimentaire, I, 607.

Indisponibilité. Différence avec l'incapacité de disposer, II, 365. Réserve, II, 407. Institution contractuelle, II, 745. Donations entre époux pendant le mariage quand il y a des enfants du premier lit, II, 770 à 777. Condition du failli à partir du jugement déclaratif de faillite, II, 832, III, 1289.

Indivisibilité. Dette alimentaire, I, 604. — des servitudes réelles, I, 1572, 1579. — des obligations, II, 990 à 1001. Comparaison avec la solidarité, II, 1002. — de l'aveu, II, 1299. — de l'action en garantie pour cause d'éviction en matière de vente, III, 544. — de l'exception de garantie, III, 542. Restitution du dépôt en cas de mort du déposant, III, 862. — du gage, III, 1030. — de l'antichrèse, III, 1043. — des transactions, III, 1000. — du droit résultant de la séparation des patrimoines, III, 1183. — de l'hypothèque, III, 1196. Exception de discussion du tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire, III, 1445,

Indivision. Retrait d' —, III, 77. V. *Communauté* (*indivision*).

Infirmité. Cause d'excuse de la tutelle, I, 1043.

Ingratitude. Cause de révocation : De l'obligation alimentaire, I, 607; Des legs, II, 648; Des donations entre vifs, II, 510, sauf exception pour les donations faites en faveur du mariage aux époux et aux enfants à naître de leur union, II, 511, mais non pour les donationsque les époux se font par leur contrat de mariage, II, 511, 756.

Insaisissabilité. Dette alimentaire, I, 610 *bis,* II, 1122. Jouissance légale des père et mère, I, 980. Usufruit marital, III, 382, 1209. Immeubles dotaux, III, 384. Rente viagère, III, 903, Rentes sur l'Etat, II, 311. Rentes viagères, III, 903. Droit de la veuve à ses vêtements de deuil, II, 914.

Insanité d'esprit. Mariage, I, 420. Puissance paternelle, I, 961. Interdiction judiciaire, I, 1156. Conseil judiciaire, I, 1184. Placement dans une maison d'aliénés, I, 1195. Capacité de disposer à titre gratuit, II, 368. Capacité générale de contracter, II, 830. V. *Démence*.

Inscription de faux. Acte de l'état civil, I, 248 à 252. Testament olographe, II, 553 à 555. Testament par acte public, II, 564. Testament mystique, II, 575. Titre authentique, II, 1185, 1189. Acte sous seing privé, II, 1214.

Inscription des privilèges et hypothèques.

Théorie générale. Mode d' — , III, 1368. Evénements qui arrêtent le cours des —, III, 1372 à 1386. Lieu de l' —, III, 1368. Epoque à laquelle elle peut et doit être prise, III, 1370. Manière dont se requiert et s'opère l' — , III, 1386. Enonciation des bordereaux, III, 1388. Conséquences des omissions ou irrégularités, III, 1389. Frais de l' —, III, 1391. Intérêts conservés par l'inscription, III, 1393. Péremption des —, III, 1402. Renouvellement décennal, III, 1404. Radiation des —, III, 1413. Réduction des —, III, 1423. Pluralité d' — prises le même jour, III, 1327. De la publicité des registres et de la responsabilité des conservateurs, III, 1550.

Spécialités concernant l'inscription des Privilèges. Condition d'exercice du droit de préférence, III, 1162. Privilèges qui doivent être inscrits, III, 1162 à 1184. Rang des privilèges, III, 1186 à 1190. Condition d'exercice du droit de suite, III, 1426 à 1442.

Spécialités concernant l'inscription des hypothèques. Condition d'exercice du droit de preférence, III, 1324 à 1328. Hypothèque sur les biens à venir, III, 1328. Spécialité de l' — quant au gage hypothécaire, III, 1293, 1388. Spécialité de l' — quant à la créance hypothécaire; III, 1310, 1388. Hypothèque judiciaire, III, 1328, 1388. Hypothèques légales, III, 1329, 1388, 1390. Dispense d' — : pour l'hypothèque légale des mineurs et interdits, III, 1329, 1330; pour l'hypothèque légale de la femme mariée, III, 1329, 1330. Cessation de la dispense, III, 1343 à 1347, 1399. Mesures tendant à assurer l' — des hypothèques légales dispensées d' — , III, 1350. Condition d'exercice du droit de suite, III, 1427 à 1434, 1441. Purge des hypothèques légales dispensées d' — et non inscrites, III, 1545. De l' — en matière de substitutions permises, II, 701.

Instituteurs. Responsabilité, II, 1352. Prescription, III, 1707, 1714. V. *Maîtres de pension*.

Institution contractuelle, II, 740. V. *Donations par contrat de ma*
Promesse d'égalité.

Institution d'héritier, II, 57
Legs.

Interdiction. Deux sortes d'
1156.

Interdiction judiciaire. Cause de
I, 1157. Personnes admises à prov
l' —, I, 1160. Procédure, I, 1162.
de l' — quant à la tutelle de l'int
I, 1172; quant au sort des actes
rieurs à l' —, I, 1181 à 1182; quan
actes postérieurs à l' —, I, 1179 à
Cessation de l' —, I, 1183. Opposi
mariage, I, 483 à 484.

Interdiction légale. Attachée au
nes criminelles temporaires, I,
206. Attachée aux peines criminelle
pétuelles, I, 210, 219, 223. Contuma
203, 210.

Spécialités. Domicile de l'interd
310. Mariage, I, 205, 1180 *bis*. Aut
tion maritale, I, 640. Puissance
nelle, I, 961. Reconnaissance d'e
naturel, I, 205, 902. Tutelle, I,
Conseil de famille, I, 1051. Accep
de succession, II, 148. Exercice de l'a
en partage, II, 226. Partage judic
II, 226. Testament, I, 205, 1180 *bi*
368, 369. Acceptation de donatio
471. Aliénation de la chose léguée
sentie par le tuteur du testateur int
II, 646. Défaut de transcription des
titutions permises, II, 703, Incapac
contracter en général, II, 831. 833.
cription de l'action en nullité, II,
Aveu, II, 1297. Contrat de mariag
30. Prescription de l'action en res
de la vente pour lésion de plus des
douzièmes, III, 608. Dissolution
société, III, 795. Prêt de consomm
III, 827, 828. Extinction du manda
936. Cautionnement des obligation
tractées par l'interdit, III, 951. Tra
tion, III, 988. Constitution d'une
thèque conventionnelle, III, 1287.
thèque légale des interdits, III,
1250. Son rang, III, 1332. Restri
III, 1363. Réduction, III, 1365. E
priation forcée des immeubles d'u
terdit, III, 1571. Discussion du mob
III, 1562. Suspension de la prescri
III, 1662. Courtes prescriptions,
1751.

Intérêts. *Théorie générale*. Frui
vils, I, 1268, 1320, 1325. — compens
res, II, 889 à 896. — moratoires
897 à 902. Taux de l' —, III, 83
898. Anatocisme ou — des —, II,
Paiement des —, II, 1031. — cons
par l'inscription des privilèges et
thèques, III, 1393. Prescription quin
nale des —, III, 1717 à 1726, 1751
prescription d'une dette entraîne la
cription des intérêts qui pouvaien
être dus, III, 1599.

Spécialités. — des dettes sujettes à rapport, II, 261, 281. — de la chose léguée, II, 605, 606. Gestion d'affaires, II, 1339. Répétition de l'indû, II, 1344. — des récompenses, III, 153. — de la dot, III, 164, 359. Restitution des — de la dot sous le régime dotal, III, 437. — du prix de vente, III, 571. Vente à réméré, III, 593. — des sommes que le mandataire a employées à son usage, III, 922. — des avances faites par le mandataire, III, 924. Le tiers détenteur, qui a délaissé ou subi l'expropriation, est-il comptable des intérêts de son prix ? III, 1477. V. *Dommages-intérêts.*

Intérêt (Part d') dans une société. V. *Action sociale.*

Interposition de personne. Les libéralités faites à un successible par personne interposée ne sont pas dispensées du rapport, II, 247, 254. Nullité des dispositions à titre gratuit faites par personnes interposées, soit au profit d'incapables, II, 396, 397, soit entre conjoints au delà de la quotité disponible, II, 778, 779. Présomptions légales d' —, II, 399 à 401, 778 à 780. Nullité des adjudications faites par personnes interposées au profit des administrateurs et des mandataires, III, 491.

Interprétation. — des lois, I, 97. Office de la cour de cassation dans l' — des lois, I, 94. Effets des lois interprétatives quant au temps qu'elles régissent, I, 64. — de la volonté du testateur, II, 622. — des dispositions attaquées comme contenant une substitution prohibée, II, 685. — des contrats en général, II, 907. — des clauses obscures d'un contrat de vente, III, 507; d'un contrat d'échange, III, 655; du contrat de louage, III, 658.

Interrogatoire sur faits et articles. Commencement de preuve par écrit, II, 1275. Aveu, II, 1295, 1296. Bail, III, 664. Transaction, III, 991.

Interruption de la prescription. Définition, III, 1634. Différence avec la suspension, III, 1633, 1634. Causes d' —, III, 1635 à 1648. Effets de l' —, III, 1649. Servitudes réelles, I, 1579. Solidarité active, II, 967. Solidarité passive, II, 973. Prescription de l'hypothèque, III, 1509. Courtes prescriptions des art. 2271 à 2273, III, 1714.

Inventaire. Personnes tenues de l'obligation de faire inventaire : Envoyés en possession provisoire, I, 353 ; Conjoint de l'absent qui opte pour la continuation de la communauté, I, 372. Usufruitier, I, 1360. Usager et habituaire, I, 1409. Préliminaire du partage d'hérédité, II, 229. Exécuteur testamentaire, II, 628, 631. Substitutions permises, II, 698. Successions échues aux époux pendant la durée de la communauté, III, 106. Dissolution de la communauté légale, III, 166 à 168, 204, 208. Condition du bénéfice d'émolument, III, 194, 239. Communauté d'acquêts, III, 257. Usufruit du mari dotal, III, 381. Preuve de la consistance de la dot lors de sa restitution, III, 433. V. *Bénéfice d'inventaire, Frais-dépens.*

Irrigation. Eaux courantes, I, 1442. Servitudes relatives à l' —, I, 1449.

Jeu. Contrat de —, III, 881. Dette de —, III, 881 *bis.* — de bourse, III, 886. Gains faits au — par l'un des époux sous la communauté d'acquêts, III, 254.

Jouissance des droits civils, I, 111 à 169 ; des droits politiques, I, 112.

Jouissance légale des père et mère, I, 974. Personnes qui peuvent y prétendre, I 975. Biens qui y sont soumis, I, 977. Droits et obligations qui y sont attachés, I, 980 à 981. Extinction de la —, I, 982. Dispense de fournir caution, I, 1366. Déchéance de la — par suite du défaut d'inventaire lors de la dissolution de la communauté légale, I, 985, III, 166, 167. Renonciation à la — par les futurs époux dans le contrat de mariage, III, 7. Le droit de — n'est pas susceptible de cession, de saisie ni d'hypothèque, I, 380.

Spécialités. Absence, I, 401, 979. Divorce, I, 752.

Jour *(délai).* — fériés, III, 1681. V. *Délai.*

Jours *(servitude).* Distinction entre les — et les vues, I, 1531. — de tolérance, I, 1534. V. *Vues.*

Juge. Cession de droits litigieux, III, 492. Prescription de l'action en restitution de pièces confiées à un —, III, 1716. *Office du juge.* Application de la loi au jugement des contestations qui lui sont soumises, I, 87 à 91. Défense de statuer par voie de règlement, I, 93. Déni de justice, I, 86. Rétroactivité des lois, I, 46. Actions entre étrangers, I, 161. Action en nullité dirigée contre les actes antérieurs à l'interdiction judiciaire, I, 1179 à 1182. Extinction de l'usufruit pour abus de jouissance, I, 1401. Contrats en général, II, 860. Délai de grâce, II, 1034. Pacte commissoire, II, 945. Preuve en général, II, 1175. Preuve testimoniale, II, 1274. Serment, II, 1325 à 1329. Exécution des jugements rendus par les tribunaux étrangers, III, 1265 à 1269. Moyen tiré de la prescription, III, 1592. Arrhes en matière de vente, III, 459.

Juge de paix. Acte de notoriété, I, 463. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 897. Adoption, I, 949. Tutelle officieuse, I, 954. Conseil de famille, I, 1023 à 1028. Nomination du conseil de tutelle, I, 1002. Emancipation, I, 1125. Action en bornage, I, 1462. Testament fait en temps de peste, II, 577.

Jugements. Des — auxquels s'attache l'autorité de la chose jugée, II, 1285.

Différence entre les transactions et les —, III, 1000. Des — qui emportent hypothèque judiciaire, III, 1258 à 1268. Exécution en France des — rendus par les tribunaux étrangers, III, 1264. Radiation des inscriptions hypothécaires, III, 1418 à 1422. Réduction des inscriptions hypothécaires, III, 1423. Expropriation forcée des immeubles du débiteur, III, 1568. Titre pour prescrire, III, 1692. Jugements soumis à la formalité de la transcription, II, 874. Tout jugement prononçant la nullité ou la résolution d'un acte transcrit doit être mentionné en marge de la transcription de cet acte, II, 821, III, 578.

Jugements d'expédient ou jugements convenus. Hypothèque judiciaire, III, 1263.

Jurisprudence. Définition, I, 91.

Juste titre. Prescription de dix à vingt ans, III, 1692. Prescription instantanée des meubles, III, 1736. Transaction, III, 997.

Justice. V. *Juge, Pouvoir judiciaire.*

Lacération d'un testament, II, 647.

Lais et relais de la mer. Domaine de l'Etat, I, 1257, 1258. Accession naturelle, I, 1294.

Lapins de garenne. Immeubles par destination, I, 1224. Accession, mode d'acquérir, I, 1300. Responsabilité du dommage causé par des —, II, 1355.

Larmier. Marque de non-mitoyenneté, I, 1478.

Légalisation. Actes de l'état civil, I, 247.

Légataire. V. *Legs.*

Légitimation, I, 882. Enfants qui peuvent être légitimés, I, 884, 834. Conditions requises, I, 886. Effets, I, 889, 835. Conflit de la loi française avec la loi étrangère, I, 890, 891.

Spécialités. Mariage putatif, I, 551. Adoption, I, 937. Succession *ab intestat,* II, 78. Réserve, II, 411. Retour successoral, II, 94. Retour conventionnel, II, 495. Révocation de donation pour survenance d'enfant, II, 533. Institution contractuelle, II, 743. Quotité disponible entre époux en cas de secondes noces, II, 772.

Legs.

Théorie générale. Définition, II, 578. Division des —, II, 578. — universel, II, 579. — à titre universel, II, 595. Différences entre le — universel et le — à titre universel, II, 601. Répartition du passif héréditaire à l'égard du légataire universel et du légataire à titre universel, II, 284 à 302, 593, 599. — à titre particulier, II, 603. Délivrance, II, 604 à 607. Actions accordées au légataire particulier, II, 608. En quel état la chose léguée doit être délivrée, II, 615. Quelles choses peuvent être léguées, II, 619. Différences entre les — universels et à titre universel et les — à titre particulier, II, 62
Personnes tenues à l'acquittement d
— , II, 283 et s. Nullité des —, II, 63
Révocation des —, II, 634 à 649. Cad
cité des —, II, 650. Effets de la nulli
de la révocation et de la caducité des -
II, 660. Droit d'accroissement entre co
gataires, II, 660 à 668. Rapport à su
cession des —, II, 242 à 263. — par pr
ciput, II, 256. Réduction des —, II, 4
à 434, 439 à 442. Effets de la réductio
II, 445.

Spécialités. Droit qui appartient a
légataires d'un absent de demander
déclaration d'absence et l'envoi pro
soire, I, 343, 349. Paiement des légat
res par l'héritier bénéficiaire, II, 2
Séparation des patrimoines, II, 305 et
III, 1176 et s., 1435. Hypothèque légá
du légataire, II, 611 à 614, III, 1381. D
férence avec la séparation des patrim
nes, III, 1185. Les légataires ne peuve
demander le rapport, II, 249 à 250;
la réduction, II, 430, 432 à 434. —
l'usufruit, I, 1380 à 1385, II, 597. Le
d'une rente viagère, I, 1382, II, 606.
d'une pension alimentaire, I, 1382,
606. — d'un usufruit ou d'une rente v
gère excédant la quotité disponible,
421. · Substitutions prohibées, II, 68
Partage d'ascendant, II, 717, 723 *b*
Legs par le mari des biens de la co
munauté, III, 120. V. *Disposition à ti
gratuit, Testament.*

Lésion. *Théorie générale.* Définitio
II, 819. Cas dans lesquels la — donne
non ouverture à une action en res
sion, II, 819, 1154. Distinction de l'acti
en nullité et de l'action en rescision,
1152. Prescription de l'action en res
sion, II, 1162. Restitution des mineu
pour cause de —, II, 831, 1153 à 11
Mineurs commerçants, banquiers
artisans, II, 1161. Contrat de maria
des mineurs, II, 1161.

Spécialités. Acceptation de successio
II, 162. Renonciation à succession,
182. Partage de succession, II, 839, 8
Partage d'ascendant, II, 725, 734. Co
trats en général, II, 819, 1154. Estim
tion de la dot, III, 372. Vente d'imme
ble, III, 599. Echange, III, 655. Parta
de société, III, 799. Transaction, I
1002.

Lettre de change. Cession, III, 6

Lettres missives. Acceptation
succession, II, 151. Testament olog
phe, II, 552. Formation des contrats
général, II, 797 *bis.* Commencement
preuve par écrit, II, 1275. Aveu, II, 12
Congé de bail, III, 698.

Libération (legs de).

Licitation, III, 618. Accession
matière mobilière, I, 1301. Effet déc
ratif du partage, II, 325, III, 619. Tra
cription, II, 874, III, 619. Privilège

copartageant pour le prix de —, III, 1152, 1169, 1436, 1440.

Liquidation. De la communauté, III, 212 à 224. Des sociétés, III, 799, I, 1244.

Livres de commerce. Force probante, II, 1229. Représentation et communication des —, II, 1229.

Livres domestiques. En matière de naissance, mariage et décès, I, 253 à 258. En matière de filiation, I, 867 à 870. En matière d'obligations, II, 1230. Successions échues aux époux pendant la communauté, III, 106.

Loi. Définition, I, 1. Sanction de la —, I, 4, 32. Division des —, I, 5. Confection de la —, I, 29 à 31. Promulgation, I, 33. Publication, I, 34. Abrogation, I, 42. Effets des — : Quant au temps qu'elles régissent, ou conflit des — nouvelles avec les — anciennes, I, 45. Quant aux personnes et au territoire sur lesquels elles exercent leur empire, ou conflit des — françaises avec les — étrangères, I, 66. — de police et de sûreté, I, 69. Statuts réels et personnels, I, 70. — relatives à la forme des actes, I, 83. Application des —, I, 86. — relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs, I, 95 à 96. Interprétation des — civiles, I, 97. V. *Statuts.*

Mode d'acquérir, II, 3. Source des obligations, II, 783, 1330, 1331. Faute dans les obligations résultant de la —, II, 869. Restitution du mineur contre les obligations résultant de la —, II, 1161.

Loterie. Communauté d'acquêts, III, 254.

Louage. Définition, III, 656. Distinction de la vente et du —, III, 658. Différences avec l'usufruit, III, 659; avec le prêt de consommation, III, 846. Diverses espèces de —, III, 657.

Louage de choses, III, 657, 660 à 661. Règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux, III, 662. Preuve du contrat de —, III, 663, II, 1258. Obligations du bailleur, III, 666. Obligations du preneur, III, 680. Responsabilité des colocataires en cas d'incendie, III, 686 à 690. Des sous-locations et cessions de bail, III, 692. Causes de cessation du contrat de —, III, 696. Tacite réconduction, III, 700. Nature du droit du preneur, III, 703. Distinction des baux écrits et des baux non écrits au point de vue de la preuve, III, 663 à 665; au point de vue de la cessation du bail, III, 697 à 700, 715. Règles particulières aux baux à loyer, III, 705; aux baux à ferme, III, 710. Colonage partiaire, III, 717. Louage de bestiaux, III, 743. V. *Bail à cheptel.*

Louage d'ouvrage et d'industrie, III, 657, 718. Louage de services, III, 719 à 721. Distinction avec le mandat, III, 907. Voituriers par terre et par eau, III, 722. Devis et marchés, III, 727 à 742. Dispositions spéciales relatives aux architectes et aux entrepreneurs de constructions, III, 733.

Spécialités. Envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, I, 359. Mineur émancipé, I, 1134. Usufruit, I, 1328 à 1332. Intérêts des loyers et fermages, II, 906. Communauté légale, III, 133. Vente de la chose louée, III, 702. Privilège du bailleur d'immeubles, III, 702. Saisie-revendication du bailleur, III, 1099. A-t-il privilège sur l'indemnité d'assurance au cas d'incendie du mobilier du preneur? II, 1088. Saisie immobilière, III, 1565. Transcription, II, 874. Prescription acquisitive, III, 1629. Prescription extinctive des loyers des maisons et du prix de ferme des biens ruraux, III, 1717 à 1720, 1726, 1751.

Loyers. V. *Fermages.*

Mainlevée. De l'opposition à mariage, I, 492. De l'interdiction, I, 1183. De l'inscription hypothécaire, III, 1411 à 1422.

Main-morte (Personne de), II, 382. Capacité de recevoir à titre gratuit, II, 382, 461.

Magistrats. Cession de droits litigieux, III, 492.

Maison. Vente ou don d'une — avec tout ce qui s'y trouve, I, 1254. Droit d'habitation dans une —, I, 1408 à 1410. Clôture forcée, I, 1498. — dont la propriété est divisée par étages, I, 1502. Dommage causé par la ruine d'une —, II, 1356. Règles communes aux baux des — et des biens ruraux, III, 662. Règles particulières aux baux à loyer, III, 705.

Maîtres de pension. Privilège, III, 1081. Prescription, III, 1708, 1714. V. *Instituteurs.*

Majorats, II, 710. Jouissance légale des père et mère, I, 979.

Majorité. Effets des lois relatives à la — quant au temps qu'elles régissent, I, 52. De la — matrimoniale, I, 425, 433, 437. De la — adoptive, I, 893. La — fait cesser la puissance paternelle, I, 961; l'administration légale, I, 996; la tutelle du mineur non émancipé, I, 1104; la curatelle du mineur émancipé, I, 1145. La simple déclaration de majorité émanée d'un mineur ne fait point obstacle à sa restitution, II, 1161.

Maladie (dernière). Incapacité de disposer au profit du médecin qui le traite ou du ministre du culte qui l'assiste dont est frappé un malade pendant sa dernière maladie, II, 389. Frais de la dernière maladie : charge de la jouissance légale, II, 981; privilège, III, 1076. Rente viagère constituée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle meurt, III, 893.

Mandat. *Théorie générale.* Définition, III, 905. Son caractère distinctif, III,

907. Capacité des parties, III, 909. Preuve du —, III, 912. Formes de la procuration, III, 912. — tacite, III, 914. Diverses espèces de —, III, 915. Obligations du mandataire, III, 916. De la substitution d'un mandataire, III, 920. Obligations du mandant, III, 923. Rapports du mandant et du mandataire avec les tiers, III, 926 à 928. Manières dont finit le —, III, 930. Du mandataire prête-nom, III, 940.

Spécialités. Mariage, I, 232. Opposition à mariage, I, 487. Conseil de famille, I, 1027. Personnes placées dans une maison d'aliénés, I, 1196. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 902. Acceptation de donation entre vifs, II, 470. Comparaison du — ordinaire avec l'exécution testamentaire, II, 624. — tacite en matière de solidarité active, II, 966; en matière de solidarité passive, II, 972 et s., 985. Paiement, II, 1024. Aveu du mandataire, II, 1297. Délation du serment par le mandataire, II, 1318. Différences entre la gestion d'affaires et le —, II, 1339. Incapacité des mandataires de se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, III, 491. — tacite de la femme mariée sous la communauté légale, III, 97 à 97 *ter*, Constitution d'hypothèque, III, 1321. V. *Procuration.*

Marais. Restriction du droit de propriété, I, 1062. Privilège pour les frais de dessèchement des —, III, 1154.

Marchand. V. *Commerçant.*

Marchepied, I, 1293. Condition du fonds dotal, III, 386.

Marchés. Louage, III, 727. — de bourse, III, 886 à 886 *ter*. Prescription instantanée des meubles, III, 1745.

Mari. Ses obligations particulières envers sa femme, 617, 619, 621, 622.

Mariage.

Théorie générale. Notions générales, I, 415. Qualités et conditions requises, I, 418. Mariage, *in extremis,* I, 422, 468. Légitimation, I, 886. Empêchements de — I, 450, à 454. En quel lieu le mariage doit-il être célébré ? I, 465 à 467. Formalités relatives à la célébration du mariage : *a.* Des Français en France, I, 457 à 470; *b.* Des Français en pays étranger, I, 471 à 476; *c.* Des étrangers en France, I, 477. Oppositions à —, I, 478. Des nullités de —, I, 495. Des — inexistants, I, 496. Des — nuls, I, 497. Nullités relatives, I, 500 à 521. Nullités absolues, I, 522 à 541. Des — putatifs, I, 542. Preuve de la célébration du —, I, 556. Obligations qui naissent du —, I, 580. Droits et devoirs respectifs des époux, I, 611. Dissolution du —, I, 655. Des seconds —, I, 657. Distinction du — secret et du — clandestin, I, 538.

Spécialités. Acquisition de la qualité de Français par le —, I, 132. Perte d qualité de Français par le —, I, 18 182. Effets de l'absence relativement —, I, 394. Effets de l'adoption, I, Dédit de —, II, 851. Mandat, III, 91

V. *Actes de l'état civil, Autorisa maritale, Hypothèque légale, Mari putatif, Noces (secondes), Séparatio corps.*

Mariage putatif. Théorie génér I, 542. Légitimation, I, 886. Success lité réciproque entre conjoints, II, Révocation de donation pour survena d'enfant, I, 555. Contrat de mariage, 2. Dissolution de la communauté lég III, 165. Hypothèque légale, III, 1226

Maternité. Preuve de la — légiti I, 815, 854 à 870. Recherche de la — 923. L'action en recherche de la — p elle être exercée par les héritiers de l fant ? I, 927 à 928. V. *Adoption.*

Matières commerciales. Cau *judicatum solvi,* I, 161. Livres de c merce, II, 1229. Preuve testimoniale 1274. Solvabilité de la caution, III, Gage commercial, III, 1038. Privilèg revendication du vendeur d'effets m liers non payé, III, 1125. Biens susce bles d'hypothèques, III, 1220. Hypo que maritime, III, 1320. Hypothè judiciaire, III, 1263. Hypothèque lé de la femme mariée, III, 1230. Presc tion, 1730. V. *Commerçant, Con courant, Faillite, Fonds de comme Navire.*

Matières corrosives. Distanc observer, I, 1530.

Mauvaise foi. V. *Bonne foi.*

Médecins. Incapacité de recevo titre gratuit, II, 389 à 393. Cession d clientèle, III, 496. Louage de servi III, 907. Privilège des frais de la nière maladie, III, 1076 à 1077. Presc tion de l'action en paiement, III, 1 1714.

Mercuriales, II, 1117.

Mesures conservatoires. En tière d'absence, I, 331, 359. En ma de divorce, I, 727 à 731. En ma de séparation de corps, I, 783. En tière d'usufruit, I, 1359 à 1368 *bis,* 1 Acceptation tacite de succession, II, 195. De la fraude dans les partage des moyens accordés aux créanciers copartageants pour la prévenir, II, Rapport à succession, II, 268. En ma de substitutions permises, II, 696. Ac paulienne, II, 922. Créancier condition II, 936. Administration des biens per nels de la femme sous la commun légale, III, 127. Droits des créancier mari en cas de séparation de biens j ciaire, III, 176 à 178. Acceptation t de la communauté légale, III, 198. Cr cier hypothécaire, III, 1193. Actio

reconnaissance d'un droit à l'effet d'en interrompre la prescription, III, 1672.

Métayer, III, 657, 717. Cheptel, III, 755.

Meubles. — par leur nature ou — corporels, I, 1236, 1237 et s. — par la détermination de la loi ou — incorporels, I, 1236, 1238 et s. Définition légale des mots *meubles, biens meubles,* I, 1254.

Spécialités. Les — situés en France sont-ils régis par la loi française quand ils appartiennent à des étrangers? I, 77 à 79. Distinction du statut réel et du statut personnel, I, 73 à 79. Pouvoirs des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, I, 360. Pouvoirs du tuteur relativement aux — corporels, I, 1063, 1064; aux — incorporels, 1, 1086, 1093 à 1096. Capacité du mineur émancipé, I, 1134. Personne soumise à un conseil judiciaire, I, 1190. Droit d'accession relativement aux —, I, 1301. Vente des — par l'héritier bénéficiaire, II, 208. Rapport à succession des —, II, 275. Réduction des libéralités excédant la quotité disponible, II, 449. Evaluation des — compris dans la masse, II, 438. Droit de retour conventionnel, II, 503. Saisine de l'exécuteur testamentaire, II, 626 à 627. Pouvoirs du grevé de restitution en matière de substitutions permises, II, 699. Donation d'effets mobiliers, II, 468. Don manuel, II, 467. Transport de la propriété des — à l'égard des tiers, II, 875. Actif de la communauté légale, III, 45. Propres mobiliers des époux, III, 79. Passif de la communauté légale : dettes mobilières des époux antérieures à la célébration du mariage, III, 84; dettes des successions mobilières échues aux époux pendant la communauté, III, 102, 105, 108, 110. Pouvoirs du mari sur les — de la communauté, III, 114 à 121 ; sur les — propres de la femme, III, 129. Capacité de la femme séparée de biens, III, 184 à 186. Exercice des reprises de la femme à la dissolution de la communauté, III, 219. De la clause d'ameublissement, III, 268. Condition des — sous la communauté d'acquêts, III, 252 à 257. Condition des — sous l'exclusion de la communauté, III, 331. Aliénabilité de la dot mobilière sous le régime dotal, III, 417. Délivrance des meubles en matière de vente, III, 512. Rescision de la vente pour lésion, III, 603. Société, III, 786. Dépôt, III, 849. Séquestre, III, 878, 879. Gage, III, 1018. Privilèges sur les —, III, 1071 et s., 1162. Garanties du vendeur d'effets mobiliers non payé, III, 1109 à 1135. Règle *Meubles n'ont point de suite par hypothèque,* III, 1217 à 1219. Discussion du mobilier en cas d'expropriation des immeubles des mineurs et des interdits, III, 1562. Règle *En fait de meubles possession vaut titre,* III, 1727. V. *Don manuel, Effets mobiliers, Immeubles, mobilier.*

Meubles incorporels. Pouvoirs du tuteur relativement aux —, I, 1086, 1093 à 1096. Capacité du mineur émancipé, I, 1137, 1143. Don manuel, II, 467. Cession-transport des —, III, 620, II, 876. Dépôt, III, 849. Prescription instantanée des meubles, III, 1730. V. *Cession de créance.*

Meubles meublants. Définition, I, 1254. Substitutions permises, II, 699.

Militaires. Actes de l'état civil, I, 284. Mariage, I, 451, 463. Tutelle, I, 1040. Testament, II, 577.

Mines, Minières. Droit de propriété, I, 1281. Restriction apportée à son exercice, I, 1281. Concession par l'Etat de l'exploitation des —, I, 1281, 1355. Etranger, I, 153. Usufruit d'un fonds contenant une —, I, 1355. Actif de la communauté légale, III, 47. Privilège pour les frais de recherche et d'exploitation, III, 1153. Expropriation forcée, III, 1560.

Mineur. Définition, I, 990. Deux sortes de mineurs, I, 990.

Mineur non émancipé. Administration légale, I, 993 à 996. Organisation de la tutelle, I, 997. Régime restrictif de sa capacité, I, 1054 à 1099. V. *Tutelle, Tuteur.*

Mineur émancipé. Curatelle, I, 1126. Théorie générale de sa capacité, I, 1131 à 1144. Actes que le — émancipé peut faire seul, I, 1134. Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante, I, 1137. Actes pour lesquels le — émancipé est assimilé au — en tutelle, I, 1139. Action en réduction d'engagements excessifs, I, 1146 à 1147. V. *Curateur des mineurs émancipés. Emancipation.*

Applications spéciales. Statut personnel I, 70 à 71. Domicile du — non émancipé, I, 308; du — émancipé, I, 308. Mariage, I, 421 à 439. Autorisation maritale, I, 640. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 902. Adoption, I, 934, 938. Puissance paternelle, I, 956, 958. Incapacité d'être tuteur ou membre, d'un conseil de famille, I, 1051. Traités relatifs à la gestion tutélaire, I, 1111. Compte de tutelle, I, 1103, 1104. Demande en interdiction, I, 1161. Acceptation de succession, II, 148. Bénéfice d'inventaire obligé, I, 1074, 1078 à 1080, 1142. Action en partage, II, 225. Partage judiciaire, II, 226, 227. Incapacité absolue de disposer à titre gratuit, II, 376. Incapacité relative de disposer à titre gratuit au profit du tuteur, II, 386. Acceptation de donations entre vifs, II, 471. Témoins testamentaires, II, 576. Exécution testamentaire, II, 625. Défaut de transcription des substitutions permises, II, 703. Partage d'ascendant, II,

716. Donations entre époux par contrat de mariage, II, 756. Donations entre époux pendant le mariage, II, 762. Incapacité générale de contracter, II, 830, 833. Restitution des — en général pour cause de lésion, II, 831, 833. Nullité ou rescision des conventions passées par les non émancipés, II, 1153, 1155, 1156, 1158. Nullité ou rescision des conventions passées par les — émancipés, II, 1159. Des — commerçants, banquiers ou artisans, II, 1161. Prescription de l'action en nullité ou en rescision, II, 1162, 1165, 1172. Aveu, II, 1297. Serment litis-décisoire, II, 1313. Gestion d'affaires, II, 1334. Délits et quasi-délits, II, 1161, III, 229. Responsabilité civile des père et mère, II, 1352. Conventions matrimoniales, II, 1161, III, 25 à 29. Acceptation ou répudiation de la communauté, III, 201. Délai du réméré, III, 587. Délai de l'action en rescision pour lésion dans les ventes d'immeubles, III, 608. Passation des baux, III, 661, I, 1058, 1074, 1133. Prêt de consommation, III, 828. Mandat : capacité du mandant, III, 909; capacité du mandataire, III, 909. Cautionnement d'une obligation contractée par un — III, 950. Transaction : faite pour un — non émancipé, I, 1099; faite par un — émancipé, III, 989, I, 1142. Constitution d'une hypothèque conventionnelle, III, 1187. Hypothèque légale des —, III, 1242, 1250. Son rang III, 1332. Inscription, III, 1350 à 1356, 1390. Restriction, III, 1363. Réduction, III, 1366. Délaissement par hypothèque, III, 1464. Surenchère en cas de purge, III, 1534. Expropriation forcée des immeubles des — III, 1571. Discussion du mobilier en cas d'expropriation forcée des immeubles des —, III, 1562. Renonciation à une prescription acquise, III, 1591. Suspension de la prescription, III, 1662. Courtes prescriptions, III, 1751.

Ministère public. Vérification des actes de l'état civil, I, 269. Rectification des actes de l'état civil, I, 288. Mesures à prendre dans l'intérêt des présumés absents, I, 333. Déclaration d'absence, I, 343. Opposition à mariage, I, 485. Nullités de mariage, I, 527. Preuve du mariage, I, 575 à 578. Poursuite du délit d'adultère, I, 613. Demande en interdiction, I, 1160, 1165. Mesures à prendre dans l'intérêt des personnes non interdites renfermées dans une maison d'aliénés, I, 1196; dans l'intérêt des appelés à une substitution, II, 697. Nomination de curateur à une succession vacante, II, 215. Inscription des hypothèques légales, III, 1351, 1355. Réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée, III, 1365. Communication au — des causes intéressant les présumés absents, I, 333.

Ministre du culte. Incapacit recevoir à titre gratuit, II, 389 à Privilège des frais funéraires, III,

Minorité. Administration légal 993. Tutelle, I, 997. V. *Administr légale du père, Mineur, Tutell mineurs, Tuteur.*

Minute. Donation entre vifs, II Représentation de la —, II, 1236.

Mise en demeure. V. *demeure*

Mitoyenneté. — *des murs*. D tion, I, 1470. Présomptions de 1473. Marques de non —, I, 1478. d'acquérir la —, I, 1482. Droits q confère, I, 1488. Charges de la 1494. Abandon de la —, I, 1495 à Vues pratiquées dans le mur mitoy 1532.—*des clôtures autres que les* I, 1503. Présomptions de —, I, Marques de non —, I, 1503. Aba de la —, I, 1515.

Mobilier. Définition, I, 1254. de la communauté légale, III, 4 Vente du mobilier. Cas dans lesque est obligatoire : absence, I, 353.

Modes d'acquérir la propr Enumération, II, 3. Divisions, II, 1

Monomanie. Capacité de dispo titre gratuit, II, 372.

Monts-de-piété, III, 1038.

Mort civile. Ses effets, I, 208. tion de la —, I, 208. Peines qui la placent dans notre droit actuel, I, 223. Questions transitoires, I, 222 à Dette alimentaire, I, 208. Dissoluti mariage, I, 656. Fin de l'usufru 1390. Pouvoirs des époux sur les bie la communauté légale, III, 123. Dis tion de la communauté, III, 165. I put conventionnel, III, 304. Extin de la rente viagère, III, 901.

Muet. Testament par acte publ 558. Testament mystique, II, 57 *Sourd-muet.*

Murs. Réparation des — en m d'usufruit, I, 1372. Mitoyenneté, I, Clôture forcée, I, 1498. Réparations tives, III, 705. V. *Constructions, Mit neté.*

Naissance. L'homme devient personne au moment de sa —, I, Acquisition de la qualité de Françai la —, I, 114. Actes de —, I, 270. V. *de l'état civil.*

Nantissement, III, 1013. Remi dette, II, 1105. V. *Antichrèse, Gag*

Nationalité. Influence de la sance sur la —, I, 114. De ceux q plusieurs — et de ceux qui n'e aucune, I, 191.

Naturalisation, I, 133 à 139.

Navire. Preuve de la vente d'u II, 1258. Droits que les créanciers vent avoir sur un navire, III, Hypothèque, III, 1220. Prescription tantanée des meubles, III, 1730.

Noces (Secondes), I, 657. Empêchement prohibitif au mariage résultant de la non-expiration du délai après lequel il est permis à la veuve ou à la femme divorcée de convoler à de —, I, 451, 660, 742. Filiation de l'enfant issu de la femme qui a convolé en — avant l'expiration de ce délai, I, 661. Effets des — sur la puissance paternelle, I, 966, 967. Tutelle légale de la mère convolant à de —, I, 1006. Tutelle testamentaire déférée par la mère remariée, I, 1013, 1014. Extinction de l'usufruit légal de la mère par son convol à de —, I, 982. Quotité disponible entre époux lorsque le disposant laisse des enfants d'un précédent mariage, II, 770. V. *Seconds mariages.*

Noms. Enonciation de l'acte de naissance, I, 273. Changement de nom, I, 273. Divorce, I, 741. Rectification des actes de l'état civil, I, 285. Effets de la reconnaissance, I, 907. Effets de l'adoption, I, 943.

Non-rétroactivité. V. Rétroactivité.

Non-présents, I, 327. Les mesures conservatoires autorisées au profit des présumés absents ne peuvent pas être ordonnées par la justice relativement aux biens des —, I, 335.

Non-usage. Mode d'extinction de l'usufruit, I, 1395. Mode d'extinction des servitudes réelles, I, 1576.

Notaires. bsence, I, 332. Actes respectueux, I, 434 à 436. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 895, 896. Compétence générale pour dresser les actes instrumentaires, II, 1180. Incapacité de se rendre cessionnaire des droits litigieux de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leur profession, III, 492. Intérêts des avances et frais, III, 924. Privilèges pour faits de charge, III, 1133. V. *Clercs de notaires, Domestiques.*

Notification. — Des actes respectueux, I, 434 à 436.

Notoriété. Acte de —, I, 435, 463.

Novation. — en matière d'obligations, II, 1078. Dette indivisible, II, 1000. — en matière de séparation des patrimoines, II. 314. — de titre dans les courtes prescriptions, III, 1714. V. *Délégation.*

Nullité.

Théorie générale. Distinction des actes nuls et des actes inexistants, I, 495, II, 1148 à 1150. Distinction de la — et de la rescision, II, 1151 à 1152. Cas d'application de l'action en —, II, 1153. Durée de l'action en —, II, 1162 à 1170. Effets de la — prononcée, II, 1172. Confirmation des actes entachés de —, II, 1240 à 1250.

Spécialités. Des — de mariage, I, 495 à 541. Conséquences de l'annulation d'un mariage, I, 542. Causes de — des actes respectueux, I, 436. — résultant du défaut d'autorisation maritale ou de justice, I, 650 à 654. Traités relatifs à la gestion tutélaire, I, 1111. — des actes passés par l'interdit, I, 1178 à 1180 *bis,* 205; par la personne pourvue d'un conseil judiciaire, I, 1192; par la personne non interdite placée dans une maison d'aliénés, I, 1197. Partage de succession, II, 336. Acceptation de succession, II, 158. Renonciation à succession, II, 182. Incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, II, 396. — des legs, II, 633, 660. Substitutions prohibées, II, 686 à 690. Partage d'ascendant, II, 725. à 735. Donations entre époux pendant le mariage, II, 778 et s. — des contrats en général pour vices du consentement, II, 799 à 820. Mention en marge de la transcription de tout jugement prononçant la — d'un acte transcrit, II, 821, III, 578. Paiement, II, 1020, 1025. Cause d'extinction des obligations, II, 1010, 1146 et s. Contrat de mariage, III, 3, 17. — des donations qui excèdent les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté, III, 117. — résultant du défaut d'exécution dans la quinzaine du jugement de séparation de biens, III, 179. Aliénation du fonds dotal, III, 404 à 417. Vente entre époux, III, 489. — des adjudications faites au profit des administrateurs et mandataires, III, 491. Cession des droits litigieux, III, 495. Vente de la chose d'autrui, III, 500 à 506. Prêt de consommation, III, 826 à 828. Cautionnement d'une obligation nulle ou annulable, III, 950. Transaction, III, 1001. — du titre destiné à servir de base à la prescription, III, 1693.

Objet. — des contrats et des obligations conventionnelles, II, 835. Distinction de l' — et de la cause, II, 847. Défaut d' —, II, 1148. Indivisibilité des obligations, II, 990. — des sociétés, III, 758, 763.

Obligations.

Théorie générale. Définition, II, 782. Sources des —, II, 783. Des — conventionnelles, II, 782 et s. Objet des —, II, 835. Effets des —, II, 857. De l' — de donner, II, 863. De l' — de faire ou de ne pas faire, II, 887. Diverses modalités ou manière d'être des —, II, 927 et s. Des — conditionnelles, II, 928. Des — à terme, II, 951. Des — alternatives et facultatives, II, 960 à 963, 998-3°, III, 45. Des — solidaires, II, 964. Des — divisibles et indivisibles, II, 990. Des — avec clauses pénales, II, 1003. Des — naturelles, II, 1014. Causes d'extinction des —, II, 1010. Preuve des —, II, 1174. Reconnaissance et confirmation des —, II, 1237 à 1250. Des — qui se forment sans convention, II, 1330.

Spécialités. Mariage, I, 580 et s. Vente, III, 507, 568. Bail, III, 666, 680, 705, 711,

714, 749. Société, III, 770 à 788. Commodat, III, 811 à 821. Prêt de consommation, III, 829. Dépôt, III, 856. Contrat de rente viagère, III, 895 à 900. Mandat, III, 916 à 929. Gage, III, 1037 à 1039. Antichrèse, III, 1049. V. *Action paulienne, Confirmation, Créances, Créanciers, Dettes, Exercice des droits et actions du débiteur, Obligations naturelles.*

Obligation alimentaire. V. *Aliments.*

Obligations naturelles. Définition, II, 1014. Jeu et pari, III, 882. Cautionnement, III, 950. Hypothèque, III, 1280. V. *Obligations.*

Obligations (*titre de créance*). Cession, III, 631. — à primes ou à lots, I, 736, III, 254.

Occupation. Mode d'acquérir, II, 2 à 17. V. *Chasse, Pêche, Trésor.*

Offices. Meubles incorporels, I, 1253. Actif de la communauté légale, III, 45. Société, III, 758. Cession des —, III, 496. Traité secret portant augmentation de prix, II, 851. Privilège du vendeur, III, 1112.

Officiers de l'état civil, I, 228. Pénalités, I, 439. Incompétence de l' — cause de nullité du mariage, I, 539, 522 à 527. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 895, 276. V. *Etat civil.*

Officiers de marine. Incapacité de recevoir à titre gratuit à bord de leurs navires, II, 394.

Officiers publics. Incapacité de se rendre adjudicataires des biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère, III, 490.

Offre. Formation du consentement, II, 797 à 797 *bis.* Donation entre vifs, II, 462 à 467. Remploi de communauté, III, 66. Purge, III, 1512, 1518, 1526, 1529, 1530.

Offres réelles, II, 1060 et s. Exercice de la faculté de rachat dans la vente à réméré, III, 589. Exercice du retrait litigieux, III, 650. V. *Consignation.*

Opposition. — à mariage, I, 478. — de la part des créanciers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, II, 210. — à la levée des scellés en cas de succession, II, 229. — en matière de partage, II, 320 à 322, — à paiement, II, 1026 à 1027.

Ordre (Procédure d'), III, 1558, 1574. Succession bénéficiaire, II, 210. Cause d'extinction des privilèges et hypothèques, III, 1510.

Ordre de livraison. Délivrance en matière de vente, III, 514. Prescription instantanée des meubles, III, 1738.

Original. Remise du titre original, II, 1099. Acte sous seing privé, II, 1194. Copies des titres, II, 1236.

Ouverture de crédit. Hypo conventionnelle, III, 1280.

Ouvriers. Louage des — qui gent leurs services, III, 719. Lou — qui contractent des marchés fait, III, 727 à 731. Des — à la III, 738. Les — ont-ils droit au p mobilier des gens de service ? III Des — employés par un comm III, 1080. Privilège immobilier employés à des travaux de const ou de réparation, III, 1153 et s. et s., 1382. Prescription, III, 1707

Pacage. Servitude discontin 1556.

Pacte commissoire, II, 9 exprès, II, 950. — tacite, II, 944. III, 572 à 580. Rente constituée, I Rente viagère, III, 896. Gage, III Antichrèse, III, 1044. Hypothèqu ventionnelle, III, 1281.

Pacte de préférence, III, 45

Pacte de rachat ou de ré III, 582. V. *Rachat.*

Pacte sur succession futu *Succession future.*

Paiement, II, 1011. Sens du mo 1012, 1174. Conditions de validité Quant à celui qui le fait, II, 1015 Quant à celui auquel il est fait, I à 1027 ; Quant à l'objet du —, II, 1036 ; Quant à l'époque, au lieu frais du —, II, 1037 à 1038, Effets II, 1017. Du — avec subrogati 1040. Imputation des —, II, 105 offres de — et de la consignat 1060. Preuve testimoniale, II, 1263 la dette hypothécaire ou privilég le tiers détenteur, III, 1454.

Paiement de l'indû. Général 1340. Conséquences juridiques *condictio indebiti*, II, 1344. Obli naturelles, II, 1014. Obligations à II, 953. Dette éteinte par la com tion, II, 1129. Prescription de en répétition, II, 1168. Intérêts n pulés, III, 833. Intérêts usurair 837. Dette de jeu, III, 882.

Papiers domestiques, II, 1 *Livres domestiques.*

Paraphernaux (Biens). Dist des biens dotaux et des —, III, 34 le régime dotal, la paraphernalité règle et la dotalité l'exception, II 350, 443. Règles applicables aux 443. Hypothèque légale, III, 13 *Régime dotal.*

Parcours, I, 1465.

Parenté. Notions générales, I 413, II, 58 à 59. Effets de la —, II, 58. Témoignage dans les actes d civil, I, 234 ; dans les actes nota 234, 413 ; dans les testaments, I Empêchement de mariage, I, 442 Nullité de mariage pour cause de degré prohibé, I, 522, 535. Oppos

mariage, I, 478 et s. Dette alimentaire, I, 589. Les parents ne sont pas reprochables comme témoins dans les procès en divorce et en séparation de corps, I, 702, 769. Paternité et filiation, I, 812. Adoption, I. 943. De la — naturelle, I, 906, II, 101 à 129. Tutelle, I, 1041. Conseil de famille, I, 1023. Interdiction, I, 1160, 1165. Conseil judiciaire, I, 1188. Successions irrégulières, II, 100. Comment se prouve la — à l'effet de succéder, II, 59. Indignité de succéder, II, 48. — au degré successible, II, 83. Exceptions à l'incapacité de recevoir à titre gratuit qui frappe le médecin ou le ministre du culte, II, 392. Acceptation de la donation faite à un mineur, II, 471. Crainte révérentielle, II, 809. Incapacité des officiers ministériels d'instrumenter pour leurs parents, II, 1180. Inscription de l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, III, 1356. V. *Famille*.

Pari, III, 881 et s.

Part. Confusion de —, I, 657. Suppression de —, I, 1003, 1004. Supposition de —, I, 1003. Substitution de —, I, 1003.

Partage d'ascendant. Généralités, II, 712. Conditions de capacité et de forme, II, 714. Biens qui peuvent en faire l'objet, II, 719. Personnes entre lesquelles il doit être fait, II, 721, I, 214, 219. Effets du —, II, 723. Des causes de rescision du —, II, 724; pour lésion, II, 725; pour atteinte à la réserve, II, 730. Prescription de l'action en rescision, II, 1116. Mode de répartition à observer dans le —, II, 735. Privilège immobilier, III, 1147.

Partage de communauté entre époux, Privilège immobilier, III, 1147. Action paulienne, II, 923. Rétroactivité, III, 225.

Communauté légale. Partage de l'*actif*, III, 212. Liquidation de la communauté, III, 213. Rapports, III, 214. Prélèvements, III, 217. Partage, III, 225, Liquidation des créances personnelles de l'un des époux contre l'autre ,III, 230. Deuil de la veuve, III, 231. *Passif.* Contribution aux dettes, III, 234. Obligation aux dettes, III, 235. Bénéfice d'émolument, III, 239. Recours du conjoint qui a payé les dettes de la communauté au delà de sa part, III, 244.

Communauté conventionnelle. Communauté d'acquets, III, 257. Clauses de partage inégal de la communauté, III, 311 à 320.

Partage d'hérédité. Définition de l'indivision et du —, II, 218. Nature de l'action en —, II, 222. Capacité requise pour l'intenter ou y défendre, II, 225. Des diverses espèces de —, II, 226. Formes du —, II, 228. Opérations du —, II, 231. Formation de la masse partageable, II, 231. Composition et tirage au sort des lots, II, 231. Homologation du —, II, 231. Remise des titres concernant les objets héréditaires, II, 231. De la fraude dans les — et des moyens accordés aux créanciers des copartageants pour la prévenir ou la réprimer, II, 319. Action paulienne ou révocatoire, II, 923. Effets du —, II, 323, III, 57. Créances héréditaires, II, 329. Garantie, II, 330. Nullité et rescision, II, 336 à 349.

Spécialités. Absence, I, 332, 357, 379. Exercice de l'action en — de biens dotaux indivis entre la femme et un tiers, III, 375. Privilège immobilier, III, 1147.

Partage de société, III, 799. Privilège immobilier, III, 1147.

Passage. Servitude discontinue, I, 1156. Non susceptible de s'acquérir par prescription, I, 1563, 1564. Du droit de — en cas d'enclave, I, 1541. Voie publique devenue impraticable, I, 1548.

Paternité. Notions générales, I, 812, 813. — légitime, preuve, I, 814 à 818. Désaveu de —, I, 819. — naturelle, I, 879 et s. — adultérine ou incestueuse, I, 899 et s. Recherche de la —, I, 918. V. *Adoption.*

Patrimoine. Principe de l'unité du — au point de vue des successions, II, 65. Transmission des dettes qui grèvent le patrimoine, II, 284 et s. V. *Biens, Chose, Séparation des patrimoines.*

Pays de coutumes. I, 12. Système de succession suivi dans les —, II, 63.

Pays de droit écrit, I, 13. Système de succession suivi dans les —, II, 62.

Pêche. Mode d'acquérir, II, 8. Usufruitier, I, 1327.

Peines. Enumération, I, 193. Distinction des — principales et des — accessoires, I, 197. Effets des lois pénales : quant au temps qu'elles régissent, I, 65 ; quant aux personnes et aux territoires auxquels elles s'appliquent, I, 69, V. *Condamnations pénales.*

Pension alimentaire V. *Aliments.*

Péremption d'instance. Interruption de la prescription, III, 1642.

Péremption d'inscription. Privilèges et hypothèques, III, 1402.

Personnes. Notions générales, I, 103 à 110. Erreur dans la personne, I, 503 à 510, II, 802-804 — de main-morte, II, 382. V. *Personnes morales.*

Personne incertaine. Legs fait à — II, 380.

Personnes morales. Généralités, I, 106. Domicile, I, 316 *bis.* Usufruit, I, 1390. Capacité de recevoir à titre gratuit, II, 380, 382. Acceptation de donations entre vifs, II, 471. Caducité des legs faits à des —, II, 654. Capacité de contracter en général, II, 832. Communauté de biens entre époux, III, 35, 225. Société

civile, III, 760. Sociétés commerciales, I, 106, 1241, III, 761.

Perte de la chose. Mode d'extinction : de l'usufruit, I, 1396; de l'usage et de l'habitation, I. 1409; des servitudes réelles, I, 1417. Cause de caducité des legs, II, 657. Théorie générale des risques, II, 882. Obligations solidaires, II, 973. Mode d'extinction des obligations, II, 1138. Gestion d'affaires, II, 1338. Paiement de l'indû, II, 1344. Restitution de la dot, III, 425 Vente d'une chose qui a déjà péri, III. 499. Garantie pour vices rédhibitoires, III, 566. Louage des choses, III, 670, 701. Louage d'ouvrage et d'industrie, III, 730, 731. Bail à cheptel, III, 749, 750, 753, 754, 755. Cause de dissolution de la société, III, 792, 796. Commodat, III, 813 à 817. Dépôt, III, 858, 861. Mode d'extinction des privilèges et hypothèques, III, 1510. Déchéance du terme par suite de la perte de l'immeuble hypothéqué, III, 1303 à 1305. Perte de l'immeuble délaissé avant l'adjudication, III, 1459. Prescription instantanée des meubles, III, 1739 à 1746. Titres au porteur, III, 1747 à 1750. V. *Risques*.

Peste. Testament fait en temps de —, II. 577.

Pétition d'hérédité. Notion, II, 188. Légataire universel, II, 594. De la — en matière d'absence, I, 383 à 387, 392.

Pharmacien. Incapacité relative de recevoir à titre gratuit, II, 389. Privilège des frais de la dernière maladie, III, 1076. Prescription, III, 1708, 1714.

Pigeons de colombier. Immeubles par destination, I, 1224. Accession, mode d'acquérir, I, 1300.

Pignoratif (contrat), III, 1045.

Plantations. Accession industrielle ou artificielle, I, 1281 à 1285. — faites sur le terrain d'autrui, I, 1287 à 1291. Distances à observer pour les —, I, 1520.

Poissons des étangs. Immeubles par destination, I, 1224. Accession, mode d'acquérir, I, 1300. Droit de pêche, II, 8.

Pollicitation, II, 797, 797 *bis*. Différence avec le contrat, II, 785. Donation entre vifs, II, 464. Stipulation pour autrui, II, 826.

Polygamie, I. 448.

Porte-fort. Caractères et effets de l'engagement du —, II, 824. Différence avec celui de la caution, II, 824.

Possession. Définition, III, 1600 et s. Distinction de la propriété et de la —, I, 1265. Comment la — s'acquiert, se conserve et se perd, III, 1603. Avantages de la —, III, 1604. Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, I, 1269 à 1277. Qualités que doit réunir la — pour conduire à la prescription, III, 1605, 1732. Vices de la possession : Violence, III, 1608; Clandestinité, III, 1610; Précarité, III, 1611 à 1619, 1627 à 163
continuation et de la jonction
III, 1622. Interversion du titre d
1632, 1714, 1734. Des actes de
culté et des actes de simple to
III, 1617 à 1619.

Spécialités. Constructions, pla
ou autres ouvrages faits par ur
seur sur le terrain d'autrui,
Occupation, II, 3. Saisine hér
II, 30 à 31 ; du légataire unive
583; du légataire à titre unive
598. Objet des obligations con
nelles, II, 844. Possesseur d'une
II, 1025. Cession de biens, II, 107
tion de possessions dans le cas
à réméré, III, 592. Du droit de r
III, 1053. Condition d'exercice d
lège résultant du gage, III, 1026
vilège du vendeur d'effets mobil
payé, III, 1113 à 1114; de son
revendication, III, 1123; du priv
l'aubergiste, III, 1129 ; du priv
voiturier, III, 1131. V. *Prescript*

Possession d'état. Preuve
qualité de Français, I, 142. Fin
recevoir contre la demande en n
mariage pour défaut de publicit
Preuve du mariage, I, 557 à 563, 5
Preuve de la filiation légitime,
866. Preuve de la filiation nature

Postérité. L'incapacité de re
titre gratuit qui frappe les enfan
rels s'étend-elle à leurs descend
387. Retour successoral, II, 94
conventionnel, II, 495. Donati
contrat de mariage, II, 737, 738
tion contractuelle, II, 742. Aliéna
biens dotaux pour l'établissem
enfants, III, 391. V. *Enfants*.

Pourvoi en cassation, I, 9
sition à mariage, I, 492. Radia
inscriptions hypothécaires, III,
Cassation.

Pouvoir législatif, I, 29 et

Pouvoir exécutif, I, 29 et s

Pouvoir judiciaire, I, 29,
Différences entre le rôle du jug
du législateur, I, 92. V. *Juge*.

Précaire. Différence avec le
dat, III, 805.

Précarité Vice de la posses
1611 à 1619, 1733. Prescription
tive, III, 1627 à 1631, 1733. Inte
de titre, III, 1632, 1714, 1734.
en possession provisoire des bi
absent, I, 356, 392. Antichrèse,

Préciput. *Dispositions à titre*
Dispense de rapport, II, 256, 4
munauté. Préciput convention
300. Divorce, I, 764. Séparation
I, 791. Hypothèque légale, III,

Prélèvements. En matière
munauté légale, III, 217. En m
communauté d'acquêts, III, 257,
de la clause de préciput, III, 30

Présomption de paternité du mari, I, 816 et s.

Présomption d'absence. V. *Absence.*

Préliminaire de conciliation. Autorisation maritale, I, 627.

Prescription (*en général*). Notions générales, III, 1576. Distinction de la — acquisitive et de la — libératoire, III, 1576, 1579 à 1581. Biens susceptibles de —, III, 1582. Action en réclamation d'état, I, 875, 510. Renonciation à la —, III, 1584. Effet de la — accomplie, III, 1592, 1599. Des personnes qui peuvent prescrire et de celles contre lesquelles on peut prescrire, III, 1594. Causes d'interruption de la —, III, 1635 à 1654. Causes de suspension de la —, III, 1655 à 1678. Comparaison entre la suspension et l'interruption, III, 1633 à 1634. Mineurs et interdits, III, 1662, 1751. Femmes mariées, III, 1664. Suspension de la — entre époux, III, 1666; au profit de l'héritier bénéficiaire à raison de ses créances contre la succession, III, 1667. Suspension de la — résultant des modalités de la créance, III, 1671. Suspension de la — des droits de créance et des droits réels, III, 1675 à 1676. Du temps requis pour la — et de la manière de le calculer, III, 1679 à 1681. De la — trentenaire ou de droit commun, III, 1682. Effets des lois relatives à la — quant au temps qu'elles régissent, I, 61. Disposition transitoire relative à la —, III, 1752. Rapport des dettes à succession, II, 280. V. *Délais.*

Prescription acquisitive.

Théorie générale. Mode d'acquérir, II, 3. Définition, III, 1576. Comparaison entre la — acquisitive et la — extinctive, III, 1579 à 1581. De la possession et des qualités qu'elle doit réunir pour conduire à la —, III, 1600 à 1621. De la continuation et de la jonction des possessions, III, 1622. Causes qui empêchent la —, III, 1627 à 1631. Interversion du titre de la possession, III, 1632, 1714, 1734. Du temps requis pour prescrire, III, 1679. De la — trentenaire, III, 1682. De la — de dix à vingt ans, III, 1688 à 1705. Du juste titre, III, 1692. De la bonne foi, III, 1697. Différences entre la bonne foi requise pour la — de dix à vingt ans et celle exigée pour l'acquisition des fruits, I, 1277. De la — instantanée des meubles, III, 1727. V. *Possession.*

Spécialités. Mode d'acquisition de l'usufruit, I, 1310. Mode d'extinction de l'usufruit, I, 1406. Droit à l'usage des eaux de source, I, 1435. Mitoyenneté des murs, I, 1484. Mitoyenneté des clôtures autres que les murs, I, 1503, 1509. Arbres plantés plus près que la distance légale, I, 1525. Vues pratiquées dans un mur mitoyen, I, 1532. Distances à observer pour les vues, I, 1538. Droit de passage en cas d'enclave, I, 1545 à 1547. Mode d'acquisition des servitudes réelles, I, 1563. Mode d'extinction des servitudes réelles, I, 1577. Epaves, II, 16. Influence de la saisine héréditaire sur la continuation de la — qui avait commencé à courir au profit du défunt, II, 31. Renonciation à succession, II, 180 à 181. Prescription de la faculté d'accepter une succession ou d'y renoncer, II, 188. Action en partage, II, 224. Action en délaissement de biens soumis à un retour conventionnel, II, 503. Action en délaissement de biens compris dans une donation révoquée pour inexécution des charges, II, 508; pour survenance d'enfant, II, 540. De la — en matière de substitutions permises, II, 705. Pacte commissoire, II, 948. Imprescriptibilité des immeubles dotaux, III, 402. Cause d'éviction en matière de vente, III, 537. Acquéreur à réméré, III, 592. Transaction, III, 997. Antichrèse, III, 1049. Privilèges et hypothèques, III, 1505 à 1511. Propriétés publiques ou privées saisies ou soustraites à Paris pendant la Commune, III, 1748.

Prescription extinctive.

Théorie générale. Mode d'extinction des obligations, II, 1010. Définition, III, 1576. Comparaison entre la — extinctive et la — acquisitive, III, 1579 à 1581. Temps requis pour la —, III, 1679. De la — ordinaire de trente ans, III, 1682. De la — de dix ans de l'art. 1304, II, 1162 à 1170. Des courtes —, III, 1706 à 1751. — de six mois, III, 1707, 1710 à 1714, 1751. — d'un an, III, 1708, 1710, 1751. — de deux ans, III, 1709, 1710, 1751. de cinq ans, III, 1715 à 1726, 1751.

Spécialités. Divorce, I, 737. Tutelle, I, 1115. Mode d'extinction de l'usufruit, I, 1395. Indemnité due aux propriétaires d'eaux de source, I, 1441. Indemnité pour droit de passage en cas d'enclave, I, 1545 à 1547. Mode d'extinction des servitudes réelles, I, 1576 à 1580. Epaves, II, 16. Prescription de la faculté d'accepter une succession ou d'y renoncer, II, 188 à 190, 180. Droit de demander la séparation des patrimoines, II, 315. Action en garantie en matière de partage, II, 335. Action en nullité résultant du défaut d'autorisation maritale, I, 652, II, 1153, 1164, 1165. Action en nullité du partage d'hérédité, II, 348. Action en réduction pour atteinte à la réserve, II, 455. Droit de retour conventionnel, II, 503. Action en révocation des donations pour inexécution des charges, II, 508; pour cause d'ingratitude, II, 514; pour survenance d'enfant, II, 540. Action en rescision du partage d'ascendant, II, 729, 731. De la — en matière de substitutions permises, II, 705. Action paulienne, ou révocatoire des créanciers, II, 926. Pacte commissoire, II, 948. Solidarité active, II, 966. Solidarité passive,

II, 973, 974. Action résultant des délits, II, 1350. Retrait d'indivision, III, 78. Imprescriptibilité des immeubles dotaux, III, 402, 403. Action en révocation de l'aliénation d'un immeuble dotal, III, 414. Action en nullité de la vente de la chose d'autrui, III, 505. Action en résolution de la vente pour non-paiement du prix, III, 578. Acquéreur à réméré, III, 592. Responsabilité des architectes et ouvriers, III, 733 à 739. Action en restitution de la chose prêtée à usage, III, 811. De la — de la rente viagère et de ses arrérages, III, 902. Privilèges et hypothèques, III, 1502 à 1509. Action en responsabilité contre les conservateurs des hypothèques, III, 1556.

Présents d'usage. Rapport à succession, II, 253, 258, 259. Révocation des donations pour survenance d'enfant, II, 526.

Présomptions, II, 1279 à 1293.

Présomptions de fait ou de l'homme, II, 1293. Usure, III, 837.

Présomptions légales, II, 1280 à 1283. Autorité de la chose jugée, II, 1284 à 1292. — relatives à l'époque de la conception en matière de légitimité. I, 816 ; en matière de succession *ab intestat*, II, 41. Des — de survie (*commorientes*), II, 24. — d'interposition de personne, II, 399 à 401, 780 à 781. Aliénations à fonds perdu ou à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit faites par le défunt au profit d'un de ses successibles en ligne directe, II, 424 à 426. — de remise de solidarité, II, 982. Présomptions légales de libération du débiteur, II, 1099. De la — d'acquêts, sous la communauté légale, III, 81 ; sous la communauté d'acquêts, III, 257. Vente à l'essai, III, 473. Point de départ et terme des sociétés, III, 770. Quittance du capital donnée sans réserve des intérêts dans le prêt à intérêt, III, 834. — de non-précarité au profit du possesseur, III, 1615.

Prêt. Définition, III, 801. Diverses espèces de —, III, 802, à 804.

Prêt à usage ou commodat. Nature juridique, III, 805. Capacité, III, 810. Engagements de l'emprunteur, III, 811; du prêteur, III, 818. Faute, II, 867. Compensation, II, 1122. Différence avec le dépôt, III, 850.

Prêt de consommation, III. 822. Conditions de validité, III, 824 à 828. Obligations du prêteur, III, 829 ; de l'emprunteur, III, 831. Différence avec le dépôt, III, 850, 861. Comparaison du — avec le prêt à usage, le louage et le quasi-usufruit, III, 844 à 847.

Prêt à intérêt, III, 832. V. *Prêt de consommation.*

Prêt à la grosse aventure, III, 880. Preuve, II, 1258.

Prête-nom, III, 940.

Prêtrise. Empêchement de mariage, I, 452.

Preuve (en général).

Théorie générale. Définition, II, 1175. Charge de la —, II, 1176. Des divers modes de —, II, 1178. Effets des lois relatives à la — quant au temps qu'elles régissent, I, 58; quant aux personnes et au territoire sur lesquels elles exercent leur empire, I, 84. V. *Commencement de preuve par écrit.*

Spécialités. Preuve : de la qualité de Français, I, 142 ; de la célébration du mariage, I, 556 et s. ; de la filiation des enfants légitimes, I, 853 *bis* et s. ; de la paternité naturelle, I, 918 à 922; de la maternité naturelle, I, 923 à 931 ; de la parenté à l'effet de succéder, II, 59. — de la cause dans les obligations conventionnelles, II, 855. — de la confirmation, II, 1247. — de la consistance et valeur du mobilier des successions échues aux époux pendant la communauté, III, 106. — de l'apport de la dot et de sa consistance, III, 430, — de la lésion de plus des sept douzièmes dans les ventes d'immeubles, III, 610. Louage de choses, III, 663. Louage de services, III, 720. Société, III, 762. Dépôt volontaire, III, 855. Dépôt nécessaire III, 870, II, 1276. Mandat, III, 912. Transaction, III, 991. Antichrèse, III, 1040. — de la reconnaissance émanée de celui qui prescrit, III, 1648. — du juste titre pour prescrire, III, 1696. — de la bonne foi, III, 1698.

Preuve littérale. Notion, II, 1179. Titre authentique, II, 1180. Acte sous seing privé, II, 1190. Contre-lettres, II, 1223. Ecritures privées non signées, II. 1228. Livres de commerce, II, 1229, Registres et papiers domestiques, II, 1230. Mentions libératoires mises à la suite, en marge ou au dos d'un acte, II, 1231. Des tailles, II, 1234. Copies des titres, II, 1236. Des actes récognitifs et confirmatifs, II, 1237. V. *Commencement de preuve par écrit.*

Preuve par commune renommée. V. *Commune renommée.*

Preuve testimoniale, II, 1251. Cas dans lesquels elle n'est pas admise, II, 1253. Cas dans lesquels elle est admise, II, 1273. Présomptions de fait ou de l'homme, II, 1293. *Spécialités.* En matière d'actes de l'état civil, I, 253. En matière de filiation légitime, I, 867. En matière de baux, III, 663, 664. Société, III, 762. Usure, III, 837. Dépôt nécessaire, II, 1276, III, 870. Dépôt d'hôtellerie, II, 1276.

Primogéniture. Légitimation, I, 889. Succession *ab intestat,* II, 77. Majorats. II, 710.

Privation des droits civils. Par la perte de la qualité de Français, I, 171.

Par suite de condamnations judiciaires, I, 192 à 223.

Privilèges.

Théorie générale. Définition, III, 1063. Comparaison entre les — et les hypothèques, III, 1067. Division des —, III, 1068. — généraux sur les meubles, III, 1072. — spéciaux sur certains meubles, III, 1082 à 1134. — spéciaux sur les immeubles, III, 1135 à 1156, 1383 à 1385. — qui s'étendent sur les meubles et les immeubles, III, 1157. Des — établis en dehors du code civil : — du Trésor public, III, 1065 ; — pour mois de nourrice, III, 1078 ; — des commis et ouvriers employés par les commerçants, III, 1374 *bis*. Comment se conservent les — immobiliers, III, 1160 à 1190, 1427 et s. Des droits du cessionnaire d'une créance privilégiée, III, 1191. De l'inscription des —, III, 1368 à 1411. Intérêts conservés par l'inscription, III, 1393 à 1401. Effets des — : Droit de préférence, III, 1063, 1160 à 1190 ; Droit de suite ou effet des — contre les tiers détenteurs, III, 1063, 1426. Conditions requises pour l'exercice du droit de suite, III, 1427. Comment s'exerce le droit de suite, III, 1441. Le droit de préférence peut-il survivre au droit de suite? III, 1484. Extinction des —, III, 1491. Prescription des —, III, 1502. Purge, III, 1457, 1501, 1512 et s. De la publicité des registres et de la responsabilité des conservateurs, III, 1550.

Spécialités. Partage d'ascendant, II, 723 *ter*. Déchéance du terme pour diminution de la sûreté résultant d'un privilège, II, 958. Cpr. III, 1304 à 1306. Paiement, II, 1017. Subrogation personnelle, II, 1042, 1043. Retrait de la consignation à la suite d'offres réelles, II, 1070. Novation, II, 1088. Compensation, II, 1124. Adjudication sur licitation, III, 619. — du sous-bailleur sur les meubles du sous-preneur, III, 693. — du bailleur dans le bail à colonage partiaire, III, 717. Impenses faites sur la chose prêtée à usage, III, 819 ; sur la chose déposée, III, 866, 867. — résultant du gage, III, 1021 et s.

V. *Bail, vente.*

Procuration. Formes de la —, III, 912. La — laissée par un absent retarde la déclaration d'absence, I, 339. Une procuration quelconque suffit-elle pour produire ce résultat, I, 341. *Quid* si la procuration vient à cesser, I, 342. Procuration pour passer un acte solennel. Mariage I, 469. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 902; donation, II, 470; contrat de mariage III, 913. Hypothèque, III, 913. V. *Mandat.*

Prodigalité. Nomination d'un conseil judiciaire, I, 1185. V. *Conseil judiciaire.*

Promesse de donation. Rapport à succession, II, 253.

Promesse d'échange. Arrhes, III, 460. V. *Echange.*

Promesse d'égalité. Institution contractuelle, II, 750.

Promesse d'hypothèque, III, 1322.

Promesse pour autrui, II, 822.

Promesse de vente. — synallagmatique, III, 452. — unilatérale, III, 453. Arrhes, III, 459.

Promulgation des lois, I, 33, 13, 38.

Propres. *De succession.* Distinction sous notre ancien droit de la succession aux — et de la succession aux meubles et acquêts, II, 63. Abrogation par le code civil, II, 65. *De communauté.* Enumération des —, III, 52. — immobiliers, III, 53 à 78. — mobiliers, III, 79. — parfaits et imparfaits, III, 80. Fruits des — des époux, III, 47. Des — des époux sous la communauté d'acquêts, III, 252. — conventionnels, III, 258. Des — sous le régime exclusif de communauté, III, 329, 331.

Propriété. Définition, I, 1262. Facultés inhérentes à la —, I, 1263. Distinction de la — et de la possession, I, 1265. Etendue de la — quant aux objets sur lesquels elle porte, I, 1267 à 1301. Limites du droit de — : Expropriation pour cause d'utilité publique, I, 1264. Restrictions au droit de — qui dérivent de la situation des lieux, I, 1426 à 1465 ; Servitudes légales d'utilité publique et d'utilité privée, I, 1466 à 1548. Modes d'acquérir la —, II, 3 à 17. Du transport de la — : entre les parties contractantes, II, 871 ; à l'égard des tiers, II, 873. Apport en — dans la société, III, 772. Prescription acquisitive, III, 1575. Etat des personnes I, 50. V. *Communauté (indivision), Expropriation pour cause d'utilité publique, Fruits, Mitoyenneté, Transcription.*

Propriété littéraire, artistique ou industrielle. Communauté légale, III, 45. Communauté d'acquêts, III, 254.

Protuteur, I, 1029. Subrogé tuteur, I, 1031. Dispositions à titre gratuit, II, 385 à 386. Achat des biens pupillaires, III, 490. Hypothèque légale, III, 1245.

Puberté, I, 421 à 422, 522 à 532.

Publication des lois, I, 34. Des décrets, I, 41.

Publications de mariage. — des Français en France, I, 457 à 462, 537. — des Français en pays étranger, I, 474. L'absence de ces publications est-elle une cause de nullité du mariage? I, 475 ; — des étrangers en France, I, 477.

Publicité. Registres de l'état civil, I, 245. Célébration du mariage des Français en France, I, 457 à 470 ; des Français en pays étranger, I, 474 à 476 ; des

étrangers en France, I, 477. Nullité du mariage pour défaut de publicité, I, 523, 536 à 539. Instances en séparation de corps ou en divorce, interdiction de reproduire les débats, I, 800. Jugement de séparation de corps, I, 786. Jugement d'interdiction, I, 1170. — de la donation entre vifs qui a pour objet un immeuble, II, 479 à 483. — des substitutions permises, II, 701. Translation de la propriété immobilière à l'égard des tiers, II, 873 à 874, 877 à 882. — du contrat de mariage, III, 31 à 32. — de la demande et du jugement de séparation de biens, III, 176, 180. Cession de créance, III, 623, 624, II, 876. Constitution du gage, III, 1026. — des privilèges immobiliers au point de vue du droit de préférence, III, 1162 à 1190. — des hypothèques au point de vue du droit de préférence, III, 1324 à 1356. — de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, III, 1240. — des privilèges et hypothèques au point de vue du droit de suite, III, 1426 et s. Mode d'inscription des privilèges et hypothèques, III, 1368. — des registres des conservateurs des hypothèques, III, 1550. Qualité de la possession en vue de conduire à la prescription acquisitive, III, 1610. V. *Inscription des privilèges et hypothèques, Transcription.*

Puisage. Servitude discontinue, I, 1556. Acquisition par prescription, I, 1564. Droits accessoires à la servitude de —, I, 1570.

Puissance maritale, I, 617. On ne peut déroger à la —, ni par contrat de mariage, III, 6, 7, ni par transaction, III, 990. V. *Autorisation maritale, Femme mariée, Mariage.*

Puissance paternelle. Aperçu historique, I, 957. Définition, I, 958. — sur les enfants légitimes, I, 960 à 985. Mariage putatif, I, 552, 552 *bis*. Ses attributs, I, 965 à 985. — sur les enfants naturels, I, 986. — sur les enfants de l'absent, I, 399 à 406. Influence du divorce, sur la — I, 750 à 754. Influence de la séparation de corps, I, 789. On ne peut déroger à la —, ni par contrat de mariage, III, 7, ni par transaction, III, 990. V. *Administration légale du père, Jouissance légale des père et mère.*

Puits. Distance à observer pour le creusement des —, I, 1530.

Punaises. Cause de résiliation du bail, III, 668.

Purge des hypothèques et des privilèges sur les immeubles. Notions générales, III, 1457, 1501, 1512. Qui peut purger, III, 1514. Acquisitions dispensées de la —, III, 1517. Formalités de la — des hypothèques et privilèges inscrits, III, 1518. Transcription du titre d'acquisition, III, 1520. Notifications à faire aux créanciers inscrits, III, 1526. Effets de l'accomplissement de ces formalités, III, 1529. Surenchère, III, 1533 à 1543. Formalités de la — des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, III, 1545 à 1549. Epoque à laquelle cesse la nécessité du renouvellement d'inscription, III, 1409.

Quasi-contrat. Source des obligations, II, 783, 1330, 1331. Gestion d'affaires, II, 1333. Paiement de l'indû, II, 1340. *Spécialités.* Obligation de restituer une chose perdue qu'on a trouvée, II, 17. Théorie de la faute dans les —, II, 869. Preuve testimoniale, II, 1276, 1277. Conséquences des — de la femme sur le passif de la communauté légale, III, 96. V. *Gestion d'affaires, Paiement de l'indû.*

Quasi-délit. Définition, II, 1347. Source des obligations, II, 783, 1349. *Spécialités.* Solidarité passive, II, 989, 1350. Mineur, II, 1161. Preuve testimoniale, II, 1276, 1277. Conséquences des — de la femme sur le passif de la communauté légale, III, 96; des — du mari, III, 122. Conséquences des — commis par la femme mariée sous le régime dotal, III, 384. V. *Responsabilité.*

Quasi-possession, III, 1601. V. *Possession.*

Quasi-usufruit, I, 1306, 1338. Différences avec l'usufruit, I, 1342; avec le prêt de consommation, I, 1341, III, 847. Causes d'extinction, I, 1407. *Spécialités.* Des propres mobiliers imparfaits sous la communauté légale, III, 80; sous la communauté d'acquêts, III, 253. Jouissance du mari sous le régime dotal, III, 367, 422 à 423; sous le régime exclusif de communauté, III, 331. Apport en jouissance dans une société, III, 774.

Questions d'état. Action en contestation de légitimité, I, 848. Action en réclamation d' —, I, 871 à 877. Action en contestation d' —, I, 871, 878. Transaction, III, 990. V. *Etat* (status).

Questions préjudicielles, I, 534, 689, 690, 872 à 873.

Questions transitoires. Théorie générale, I, 47 à 49. *Applications.* Lois relatives : à l'état des personnes, I, 50; à leur capacité, I, 51 à 53; aux conditions de validité, aux effets et à la résolution des contrats, I, 54 à 56; à la forme des actes, I, 57; à la preuve des actes, I, 58; à la procédure à suivre pour faire valoir un droit, I, 59; aux voies d'exécution forcée, I, 60; à la prescription, I, 61, III, 1752; aux droits d'hérédité, I, 62; à la réserve et à la quotité disponible, I, 63. Lois interprétatives, I, 64. Lois pénales, I, 65. *Spécialités.* Divorce, I, 675. Contrat de mariage sous seing privé, III, 17. Rang de l'hypothèque légale des mineurs et interdits et de la femme mariée, III, 1329, 1342, 1349.

Quittance. Présomption de remise de solidarité, II, 982. Subrogation conventionnelle consentie par le créancier, II, 1047. Imputation des paiements, II, 1056 à 1059. Présomption du paiement des intérêts résultant de la — du capital, III, 834. Formalité du double écrit, II, 1193. Date certaine, II, 1222. Ecritures non signées valant —, II, 1231 à 1233. Preuve du louage résultant des — de loyers, III, 665. Transcription de la — qui constate un paiement par anticipation de loyers ou fermages non échus, II, 874.

Quotité disponible. Historique, II, 406. Règles générales, II, 407. A qui la — peut être donnée, II, 419. Donation ou legs d'un usufruit ou d'une rente viagère excédant la —, II, 421 à 423. Calcul de la —, II, 435. Libéralités qui s'imputent soit sur la réserve, soit sur la —, II, 457 à 460. Loi d'après laquelle se détermine la — au cas de conflit entre une loi nouvelle et une loi ancienne, I, 63 ; en cas de conflit entre la loi française et une loi étrangère, I, 71. Legs de la —, II, 580. V. *Réduction, Réserve.*

Quotité disponible entre époux, II, 763. De la — lorsque le disposant ne laisse pas d'enfant d'un précédent mariage, II, 764. Concours du disponible entre époux avec le disponible ordinaire, II, 769. De la — lorsque le disposant laisse des enfants d'un précédent mariage, II, 770.

Rachat. En matière de servitudes réelles, I, 1415. En matière de rente, I, 1248, 1251, III, 841 à 843. En matière de vente : pacte de rachat ou de réméré, III, 582. Nature de l'action en réméré, I, 1234. Exercice de l'action en réméré par les créanciers du vendeur, II, 909. Privilège du vendeur d'immeuble, III, 1142.

Rapport.

Rapport à communauté, III, 214 et s.

Rapport à société, III, 777.

Rapport à succession. Historique, II, 240. Définition, II, 241. Différences entre l'imputation et le —, II, 113. Du — des dons et des legs, II, 842. Qui doit le —, II, 245. Du — pour autrui, II, 246, 247. A qui le — est dû, II, 249. Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne peuvent pas se demander respectivement le rapport, I, 352. *Secus* des envoyés en possession définitive, I, 379. Avantages sujets à —, II, 252 à 255. Libéralites directes et indirectes, II, 253 à 254. *Quid* des donations déguisées ? II, 255. Dispense du —, II, 256, 246. — des fruits et intérêts, II, 261 — d'un usufruit ou d'une rente viagère, II, 261. Manières diverses dont s'effectue le —, II, 262. Du — en nature et du — en moins prenant, II, 265 à 282. Du — des dettes, II, 279. Application de la règle *Major pars trahit ad se minorem,* II, 282. Aliénation faite à fonds perdu, à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit au profit d'un successible en ligne directe, II, 424 à 426. Différences entre le — et la réduction, II, 456. Donations faites par contrat de mariage, II, 737. Du — de la dot, III, 160, 362, 442.

Rapt. Recherche de la paternité, I, 920, 921. Nullité de mariage, I, 502 *ter.*

Ratification. Sens propre de ce mot, II, 1241. Promesse pour autrui, II, 824. Paiement, II, 1025. Gestion d'affaires, II, 1333. Mandat, III, 926. Constitution d'hypothèque, III, 1284. V. *Confirmation.*

Réalisation (Clause de), III, 258 à 267.

Recélé. Succession *ab intestat,* II, 185 à 187. Communauté légale, III, 198, 229.

Réception du paiement de l'indû. V. *Paiement de l'indû.*

Réciprocité de torts. Divorce, I, 735.

Rechange. Dommages-intérêts, II, 898.

Récoltes. Nature mobilière ou immobilière, I, 1214 à 1217. Usufruit du mari sous le régime dotal, III, 382. Perte de — en matière de bail, III, 712 à 713. Privilège des frais de —, III, 1105. V. *Fruits.*

Récompenses. — dues à la communauté par l'un des époux, III, 143. Coupes de bois, III, 47, 48. Amendes encourues par le mari, III, 123. — dues à l'un des époux par la communauté, III, 139. — dues par l'un des époux à l'autre, III, 149. Rapports, III, 214. Communauté d'acquêts, III, 254. Hypothèque légale, III, 1228, 1338 à 1342.

Réconciliation. — des époux, fin de non-recevoir contre l'action en divorce, I, 731 à 734, et contre l'action en séparation de corps, I, 777.

Réconduction (Tacite), III, 700, 707, 715.

Reconnaissance de droits. Preuve littérale des — ou actes récognitifs, II, 1237. Preuve testimoniale, II, 1257. Interruption de la prescription, III, 1645 à 1648.

Reconnaissance d'écriture. Condition de la force probante des actes sous seing privé en général, II, 1214 ; du testament olographe, II, 553 ; du testament mystique, II, 575. Hypothèque judiciaire résultant du jugement de —, III, 1269 à 1271. Constitution d'hypothèque, III, 1316.

Reconnaissance d'enfant naturel. Modes de constatation de la filiation des enfants naturels, I, 892. De la — volontaire, I, 893. Forme, I, 894. Officiers publics compétents pour la recevoir, I,

895. Au profit de quels enfants elle peut avoir lieu, I, 899. Par qui elle peut être faite, II, 902. Reconnaissance du père avec indication de la mère, I, 903. La — peut-elle avoir lieu après le décès de l'enfant, I, 901. Dans quel cas elle peut être attaquée, I, 904. Effets de la — volontaire, I, 906, 903. Cas particulier où elle est faite pendant le mariage, I, 909 à 916. De la — forcée ou judiciaire, I, 917, 1886. Recherche de la paternité, I. 918. Recherche de la maternité, I, 923.

Rectification de compte. Prescription de l'action, I, 595, II, 1168.

Reddition de compte. V. *Compte.*

Réduction.

— *de la dette alimentaire*, I, 606. — *des engagements excessifs contractés par un mineur émancipé*, I, 1145 à 1151 — *de la part héréditaire de l'enfant naturel*, II, 115 à 119.

— *des libéralités faites par ou à un incapable*, II, 376, 388, 402

— *des libéralités excédant la quotité disponible.* But de la —, II, 428. Nature de l'action en —, II, 454. Personnes qui peuvent demander la —, II, 430 à 434. Enfants naturels reconnus pendant le mariage, I, 912, 914. Enfant adoptif, I, 937. La — ne peut pas être demandée par les héritiers réservataires présomptifs d'un absent, qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire, I, 352. Ordre dans lequel doit s'opérer la — des dispositions à titre gratuit, II, 439. Effets de la —, II, 445. — proportionnelle des legs pour insuffisance de la masse héréditaire, II, 440. Prescription de l'action en —, II, 455, 1168. Différences entre le rapport et la —, II, 456.

Spécialités. Application de la règle *Major pars trahit ad se minorem*, II, 282. Aliénation à fonds perdu ou à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit au profit d'un successible en ligne directe, II, 424 à 426. Donation ou legs d'un usufruit ou d'une rente viagère excédant la quotité disponible, II, 421 à 423, III, 890. Donations faites aux époux par contrat de mariage, II, 737, 754. Donations entre époux par contrat de mariage, II, 757. Donations entre époux pendant le mariage, II, 762, 778. Avantages résultant entre époux de leurs conventions matrimoniales quand il y a des enfants d'un précédent mariage, III, 324. Constitution de dot, III, 362. Vente entre époux, III, 489.

— *de l'hypothèque.* Hypothèque légale des mineurs et interdits, III, 1365; de la femme mariée, III, 1366.

Régime. Des divers — matrimoniaux, III, 12. Du — de droit commun, III, 15. — exclusif de communauté, III, 327. — de séparation de biens, III, 336. Société d'acquêts, III, 444. V. *Communauté légale, Communauté conventionnelle, Régime dotal.*

Régime dotal Définition, III, 342, Soumission expresse au —, III, 13, 343. Distinction des biens dotaux et des biens paraphernaux, III, 344. Constitution de dot, III, 347. Droits de la femme sur les biens dotaux, III, 365. Elle ne peut pas en faire donation à son mari pendant le mariage, II, 762. Droits du mari sur les mêmes biens, III, 373. De l'inaliénabilité des immeubles dotaux, III, 383 à 386. Louage des immeubles dotaux, III, 376, 660. Exceptions au principe de l'inaliénabilité du fonds dotal, III, 387 à 401. Sanction du principe de l'inaliénabilité, III, 404. De l'imprescriptibilité des immeubles dotaux, III, 402. La dot mobilière est-elle inaliénable? III, 417. Des dettes de la femme sous le régime dotal en ce qui concerne le droit de poursuite de ses créanciers sur les biens dotaux, III, 384 à 385 *bis*, 395. Hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de condamnation contre une femme mariée sous le —, III, 1274. Des effets de la séparation de biens sous le —, III, 378, 383, 403, 413, 414 à 415, 421. De la restitution de la dot, III, 421. Des causes qui y donnent lieu et des personnes qui en sont tenues, III, 421. De la manière dont elle doit se faire, III, 422 : en ce qui concerne la rente ou la créance constituée en dot, III, 424 ; en ce qui concerne la rente viagère ou l'usufruit constitué en dot, III, 422 ; en ce qui concerne les linges et hardes à l'usage de la femme, III, 426 à 429 ; en ce qui concerne les fruits et les intérêts de la dot, III, 437. Délai accordé au mari pour la restitution de la dot, III, 434. Garanties accordées à la femme pour la restitution de sa dot, II, 441. Hypothèque légale, III, 1228 ; non privilégiée, III, 441. Rapport de la dot, III, 362, 442. Des biens paraphernaux, III, 443. Société d'acquêts, III, 444. V. *Dot, Paraphernaux (biens).*

Registre de l'état civil, I, 239. V. *Actes de l'état civil, état civil.*

Registres et papiers domestiques. V. *Livres domestiques.*

Règle Contra non valentem agere non currit præscriptio, III, 1656 à 1659.

Règle Donner et retenir ne vaut, II, 484 à 504. Partage d'ascendant, II, 716. Donations faites aux époux par contrat de mariage, II, 737, 739. Donations entre époux par contrat de mariage, II, 757. Donations entre époux pendant le mariage, II, 760.

Règle En fait de meubles la possession vaut titre, III, 1727. Sens de la règle, III, 1729. Délimitation de son domaine, III, 1730. Fondement juridique de la règle, III, 1731. Conditions

juridiques pour son application. III, 1732. Exception concernant les choses perdues ou volées, III, 1739.

Spécialités. Action en réduction des libéralités excédant la quotité disponible, exercée contre les tiers détenteurs, II, 449. Aliénation à deux personnes différentes du même meuble corporel, II, 875. Pacte commissoire tacite, II, 948. Paiement avec la chose d'autrui, II, 1021. Date certaine, II, 1222. Contre-lettres, II, 1226. Aliénation par le mari des propres mobiliers de sa femme sous la communauté d'acquêts, III, 253. Résolution de la vente pour non-paiement du prix, III, 575, 577. Exercice du réméré contre un second ou subséquent acquéreur, III, 591. Revendication de la chose prêtée à usage, III, 811. Prêt de consommation, III, 826. Privilège du bailleur d'immeuble, III, 1089. Absence du droit de suite pour les privilèges portant sur les meubles, III, 1068. V. *Prescription*, *Prescription acquisitive*.

Règle Le criminel tient le civil en état, I, 689.

Règle Infans conceptus pro nato habetur..., I, 105. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 901. Adoption, I, 937.

Règle Locus regit actum, I, 83 à 85, 260, 477.

Règle Meubles n'ont point de suite par hypothèque, III, 1217 à 1219.

Règle Spoliatus ante omnia restituendus. Compensation, II, 1121.

Règlements d'eau, I, 1447.

Remèdes secrets. Vente, III, 497.

Réméré (Pacte de). Vente, III, 582. Comparaison avec le gage, III, 584.

Remise de dette. Notions générales, II, 1096. Présomptions légales de libération, II, 1099. Remise de la chose donnée en nantissement, II, 1105. Effets de la —, II, 1106. *Spécialités.* Acte de libéralité non soumis aux formes des donations, II, 467. Solidarité active, II, 966. Solidarité passive, II, 974, 978. Obligation indivisible, II, 1000. Preuve testimoniale, II, 1271. Indivisibilité de l'aveu, II, 1300.

Remploi. — sous la communauté, III, 62. Facultatif ou conventionnel, III, 63, 70. — opéré pour le compte du mari, III, 64; pour le compte de la femme, III, 65. Effets du —, III, 69. Frais du —, III, 69. Séparation de biens judiciaire, III, 189. Hypothèque légale pour le — des propres aliénés de la femme mariée, III, 1228, 1338. V. *Clause d'emploi*, *Emploi*.

Renonciation (*en général*). Conditions de forme de la — à un droit, II, 467. Différence avec la confirmation, II, 1241. Transcription des actes portant —, II, 874. Sujet à rapport à succession, II, 254. *Spécialités.* Mode d'extinction de l'usufruit, I, 1402; des servitudes réelles, 1580; du droit à la séparation des patrimoines, II, 314. Legs, II, 656. — du grevé en matière de substitutions permises, II, 707. Exécuteur testamentaire, II, 625. Novation, II, 1086. Remise de dette, II, 1096. — à la compensation acquise, II, 1128. Des — défendues par contrat de mariage, III, 9. Vente avec faculté de dégustation, III, 472. Droit de résolution de la vente pour non-paiement du prix, III, 573. Action en rescision de vente pour lésion de plus de sept douzièmes, III, 600 à 602. Mandat, III, 934. — à l'hypothèque judiciaire, III, 1256. — de la femme mariée à son hypothèque légale, III, 1237 à 1238. — du créancier au privilège ou à l'hypothèque, III, 1497. — à la prescription, III, 1584 à 1591. V. *Abandon*.

Renonciation à la communauté. Communauté légale, III, 194. Formes de la —, III, 199. Irrévocabilité de la —, III, 200. Effets de la —, III, 245. Communauté d'acquêts, III, 257. Préciput conventionnel, III, 307. Hypothèque légale sur les conquêts de communauté, III, 1252.

Renonciation à succession, II, 171. Formes et conditions requises, II, 172. Effets, II, 175. Irrévocabilité de la —, II, 179. Causes pour lesquelles elle peut être attaquée, II, 182. *Spécialités.* Représentation, II, 69, 178. Acceptation tacite de succession, II, 156, 157. Rapport à succession, II, 245, 246, 249, 281. De la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles, II, 457. Inscriptions des privilèges et hypothèques, III, 1379.

Rentes sur l'Etat. Meubles par la détermination de la loi, I, 1238, 1239, 1245 à 1247, 1251. Immobilisation des — pour la fondation des majorats, I, 1235. Insaisissabilité des — et de leurs arrérages, II, 311. Séparation des patrimoines, II, 311. Transfert à l'égard des tiers, III, 631. Conditions sous lesquelles l'héritier bénéficiaire peut consentir le transfert d'une —, II, 208. Emploi ou remploi en — sous la communauté, III, 71; sous le régime dotal, III, 369. Prescription quinquennale des arrérages, III, 1720, 1726, 1751. V. *Arrérages*.

Rentes sur particuliers.

Rente en général. Définition, I, 1245. Contrat de constitution de —, III, 488. Aliénation des — appartenant à un mineur non émancipé, I, 583 à 585; à un mineur émancipé, I, 1093 à 1098. Meubles par la détermination de la loi, I, 1238 à 1239, 1245. Transfert des — consenti par l'héritier bénéficiaire, II, 208. Garantie relative aux — en matière de

partage d'hérédité, II, 335. Droit des cohéritiers lorsque des immeubles d'une succession sont hypothéqués à la sûreté d'une —, II, 300 à 302. Intérêts des arrérages de —, II, 906. Actif de la communauté, III, 45. Passif de la communauté, III, 98. Restitution de la dot consistant dans une —, III, 422 à 424. Privilège du vendeur, III, 1143. Arrérages conservés par l'inscription prise pour sûreté d'une —, III, 1293 à 1401. Prescription de la — elle-même, III, 1686. Prescription quinquennale des arrérages, III, 1717 à 1720, 1726, 1751.

Rentes constituées. Définition, I, 1251, III, 839. Différences avec les rentes foncières, I, 1252. Deux sortes de — : perpétuelles ou viagères, III, 840 et s.

Rentes foncières. Définition, I, 1248. Notions historiques, I, 1249. Différences avec les rentes constituées, I, 1252.

Rentes perpétuelles. Définition, I, 1246. Théorie générale, III, 841 à 843. Différence avec les rentes viagères, III, 904. Usufruit d'une —, I, 1347. Résolution de la vente pour non-paiement du prix consistant dans une —, III, 572.

Rentes viagères. Contrat de —, III, 887. Conditions de validité, III, 888 et s. Taux de la —, III, 894. Effets du contrat de —, III, 895 et s. Causes d'extinction, III, 901. Différence avec les rentes perpétuelles, III, 904. *Spécialités.* Usufruit d'une —, I, 1347. Obligation pour l'usufruitier universel ou à titre universel d'acquitter les legs de —, I, 1381 à 1382. Arrérages des — non soumis au rapport à succession, II, 261. Droits des cohéritiers lorsque des immeubles d'une succession sont hypothéqués à la sûreté d'une — II, 301. Option laissée à l'héritier à réserve au cas de donation ou legs d'une — excédant la quotité disponible, II, 421 à 423. Aliénation faite à charge de — au profit d'un successible en ligne directe, II, 424 à 426. Point de départ des arrérages d'une — léguée à titre d'aliments, II, 606. Vente consentie moyennant une —, III, 463. Résolution de la vente pour non-paiement du prix consistant en une —, III, 572. Rescision pour lésion dans les ventes d'immeubles faites moyennant une —, III, 604. Arrérages conservés par l'inscription prise pour sûreté d'une —, III, 1398. Prescription de la —, III, 902, 1686. V. *Arrérages.*

Réparations. En matière d'usufruit, I, 1370 à 1377. — usufructuaires à la charge de la communauté, III, 99; du mari dotal, III, 382. Aliénabilité des immeubles dotaux, III, 392, 396. En matière de bail, III, 670, 673, 684, 705. En matière de sous-location, III, 693. Privilège assurant l'obligation du preneur de faire les — locatives, III, 684, 705, 1093.

Réparations civiles. Communauté légale, III, 122, 128. Transaction, III, 990. Hypothèque judiciaire, III, 1263. Prescription, II, 1350. V. *Action civile.*

Répétition. Prescription de l'action en —, II, 1168. V. *Obligations naturelles, Paiement de l'indû.*

Représentation. *En matière de succession.* Généralités, II, 67. Conditions requises, II. 69, 178. De la — en ligne directe, II, 71; en ligne collatérale, II, 72. Effets de la —, II, 74. Différence entre la — et la transmission, II, 166, 167. Descendants de l'absent, I, 390. Enfants naturels, II, 111. Descendants de l'adopté, I, 946. Obligations du représentant quant au rapport à succession, II, 246, 248. *En matière de mandat,* III, 907, 926.

Reprises. *En matière de communauté.* Acceptation de la communauté, III, 217 à 224. Nature des — de la femme, III, 224. — de la femme renonçante, III, 247 à 249. Communauté d'acquêts, III, 257. Clause de réalisation, III, 259. *En matière de retour :* successoral, II, 98; conventionnel, II, 500.

Reprise d'apport franc et quitte. Communauté conventionnelle, III, 294.

Rescision. Distinction de la nullité et de la —, II, 1152. Cas d'application de l'action en —, II, 1154. Durée de l'action en —, II, 1162. Sa nature juridique, I, 1234. Effets de la — prononcée, II, 1171, 820, Confirmation, II, 1242. *Spécialités.* Acceptation de succession, II, 158. Partage de succession, II, 336. Partage d'ascendant, II, 724. Contrats en général, II, 820. Cause d'extinction des obligations, II, 1010, 1146. Mention en marge de la transcription de tout jugement prononçant la — d'un acte transcrit, II, 821. Acceptation et répudiation de la communauté légale, III, 200 à 203. Estimation de la dot, III, 372. — des ventes immobilières pour lésion de plus des sept douzièmes, III, 599 et s. Echange, III, 655. Partage de société, III, 799. Adjudication sur licitation, III, 619. Transaction, III, 1001 à 1009. Hypothèque constituée par un propriétaire dont le droit est sujet à —, III, 1285. V. *Nullité.*

Réserve. Aperçu historique, II, 406. Définition, II, 407. Personnes qui ont droit à une —, II, 407 à 418, I, 946. Calcul de la —, II, 416. Option laissée aux héritiers à — au cas de legs d'un usufruit ou d'une rente viagère excédant la quotité disponible, II, 421. Libéralités qui s'imputent soit sur la — soit sur la quotité disponible, II, 457 à 460. Succession anomale de l'ascendant donateur, II, 90. Rescision du partage d'ascendant pour atteinte à la —, II, 730. Droit de — en faveur de l'adopté, I, 946. V.

Quotité disponible. Quotité disponible entre époux, Réduction.

Résidence. En quoi elle diffère du domicile et de l'habitation, I, 297 à 298. Publication de mariage, I, 462. Célébration du mariage, I, 465 à 467. Résidence de la femme mariée, I, 618. Moyens pratiques d'assurer l'exécution de cette obli- I, 619, 620. Responsabilité civile des père et mère, II, 1352. Prescription de dix à vingt ans, III, 1701 à 1703. V. *Domicile.*

Résolution. Nature de l'action en — I, 1234. Extinction de l'usufruit par la — du droit du constituant, I, 1405. Mode d'extinction des servitudes réelles constituées sous une condition résolutoire, I, 1581. De la — des conventions en général, II, 861. Effets des lois relatives à la — des contrats quant au temps qu'elles régissent, I, 56. Condition résolutoire, II, 940. Pacte commissoire, II, 943. Prescription de l'action en —, II, 1168. — de la vente d'immeubles pour défaut de contenance, III, 522 à 531. — de la vente pour défaut de délivrance, III, 518 ; en cas d'éviction partielle, III, 554 à 558 ; pour vices rédhibitoires, III, 564 ; pour défaut de paiement du prix, III, 572 à 578 ; pour défaut de retirement de la chose vendue, III, 579. Vente à réméré, III, 582. Droit de — au profit du tiers adjudicataire sur licitation, III, 619. Bail, III, 668, 669, 673, 677, 682, 701, 702, 708. Louage de services, III, 721. Louage d'ouvrage par suite de devis et marchés, III, 741. Bail à cheptel, III, 751. Contrat de rente viagère, III, 896 à 897. — du bail d'immeubles en cas de faillite du preneur, III, 1098. Droit de — du vendeur d'immeubles lié au sort de son privilège, III, 1145. Que décider quand le vendeur est déchu de son privilège faute de transcription avant la faillite de l'acheteur ? III, 1385. — du titre de l'acquéreur qui purge, par suite de l'adjudication prononcée au profit d'un tiers, III, 1543. Mention en marge de la transcription de tout jugement prononçant la — d'un acte transcrit, II, 821, III, 578. V. *Révocation.*

Responsabilité. — Des faits d'autrui, II, 1351 à 1353. — à raison des choses qu'on a sous sa garde, II, 1354. — des dépositaires des registres de l'état civil à raison des altérations qui peuvent y être commises, I, 267, 268. — du preneur dans le louage de choses, III, 684. — des colocataires en cas d'incendie, III, 685 à 690. — des voituriers par terre et par eau, III, 723. — de l'entrepreneur à raison du fait des ouvriers qu'il emploie, III, 732. — des architectes et entrepreneurs de constructions, à raison du vice de la construction, III, 733. — du prêteur dans le prêt à usage, III, 820 ; dans le prêt de consommation, III, 829. — du dépositaire, III, 858. — de l'aubergiste, III, 872 à 875. — du mandataire qui s'est substitué quelqu'un, III, 920 à 921. — du conservateur des hypothèques, III, 1555.

Restriction de l'hypothèque légale. Des femmes mariées, III, 1359. Des mineurs et interdits, III, 1363.

Rétention (Droit de). Théorie générale, III, 1053. Constructeur de bonne foi sur le terrain d'autrui, I, 1290. Cohéritier soumis au rapport en nature, II, 270. Expropriation pour cause d'utilité publique, I, 1264. Vendeur actionné en délivrance, III, 517. Acheteur à réméré, III, 593, 596. Rescision de la vente d'immeubles pour lésion de plus des sept douzièmes, III, 614. Preneur à bail actionné en délaissement par l'acquéreur de la chose louée, III, 702. Commodat, III, 819. Dépôt, III, 867. Gage, III, 1029. Antichrèse, III, 1043. Revendication du droit de —, III, 1120 à 1124. Tiers acquéreurs d'un immeuble hypothéqué, III, 1476.

Rétention des dons faits à des successibles, II, 457.

Retour conventionnel. Modalités des donations entre vifs, II, 494. Parallèle avec le retour légal ou successoral, II, 504. Effets de l'absence, I, 388. Adoption, II, 495. — dissimulant une substitution prohibée, II, 683.

Retour légal ou successoral. Théorie générale, II, 84. Personnes qui jouissent d'un droit de — : ascendant donateur, II, 84 ; adoptant, I, 947 ; frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, II, 127. Origine du —, II, 86. Nature juridique, II, 87. Distinction de la succession anomale et de la succession ordinaire, II, 88. Biens auxquels s'applique le —, II, 92. Conditions de son exercice, II, 93. Obligations des personnes appelées à exercer un droit de — au point de vue du passif héréditaire, II, 285.

Retrait conventionnel, III, 582. V. *Réméré (pacte de).*

Retrait de droits litigieux, III, 646.

Retrait d'indivision, III, 77.

Retrait successoral, II, 232. But de l'institution, II, 234. Cessions soumises au —, II, 235. Personnes admises à l'exercer, II, 236. Prestations à accomplir pour l'exercice du —, II, 238. Effets du — exercé, II, 239. Droit exclusivement attaché à la personne du débiteur, II, 913. Vente d'hérédité, III, 645. Société, III, 799.

Rétroactivité. Règle de la non — des lois, I, 45 à 65. Application spéciale au rang de l'hypothèque légale des mineurs et interdits et de la femme mariée, III, 1342. Recouvrement de la qualité de Français, I, 189 à 190. De la — en

matière : d'acceptation et de répudiation des successions, II, 146; de partage de succession, II, 324 à 329; de partage de communauté, III, 225; de partage de société, III, 799. — du jugement de séparation de biens, III, 182; du jugement de séparation de corps, III, 183. Effet rétroactif de la prescription, III, 1599, V. *Questions transitoires.*

Revendication. Nature des actions qui tendent à revendiquer un immeuble, I, 1233. Legs particuliers, II, 610. Prescription instantanée des meubles, III, 1729. — d'un propre de la femme aliéné par le mari, III, 132. — des meubles perdus ou volés, III, 1739 à 1747. — des propriétés publiques ou privées saisies ou soustraites à Paris pendant la Commune, III, 1748. — des titres au porteur, III, 1749. V. *Saisie-revendication.*

Réversibilité (Clause de), III, 892.

Révocation. — de l'émancipation, I, 1148 à 1151. — des donations entre vifs, II, 505 : pour inexécution des charges, II, 506; pour ingratitude, II, 510, 757 à 764; pour survenance d'enfant, II, 524, I, 555. — des testaments : volontaire, II, 635; judiciaire, II, 648. — des donations entre époux par contrat de mariage, II, 756, I, 758. — des donations entre époux pendant le mariage, II, 759, I, 759. — des conventions en général, II, 861. — des actes accomplis par un débiteur en fraude de ses créanciers, II, 915. Prescription de l'action en —, II, 1168. — de l'aveu judiciaire, II, 1302. Acceptation et répudiation : de succession, II, 158; de la communauté, III, 200 à 203. Constitution de dot, III, 362. — de l'aliénation de l'immeuble dotal, III, 404 à 416. — du mandat, III, 931. V. *Résolution.*

Risques. Théorie générale, II, 882 à 886. Condition suspensive, II, 937, 938. Condition résolutoire, II, 942. Obligations à terme, II, 953. Obligations alternatives, II, 962. Obligations facultatives, II, 963. Consignation à la suite d'offres réelles, II, 1067. Propres mobiliers des époux sous la communauté légale, III, 80; sous la communauté d'acquêts, III, 253. — des biens dotaux sous le régime dotal; III, 365, 424 à 425. Promesse de vente, III, 452 à 455. Vente en bloc, III, 466. Vente au compte, au poids ou à la mesure, III, 466 à 471. Vente à l'essai, III, 473. — de la chose vendue avant la délivrance, III, 531. Garantie de fait en matière de vente, III, 559. Apport d'une chose en propriété dans une société, III, 772. Apport d'une chose en jouissance dans une société, III, 773 à 774. Prêt de consommation, III, 822. V. *Perte de la chose.*

Rivages de la mer. Domaine public, I, 1257.

Rivières. Les — navigables ou flottables sont une dépendance du domaine public, I, 1257. Droits des riverains sur les eaux des — navigables ou flottables, I. 1442. Halage, I, 1293. Alluvion, I, 1293. Eluvion ou avulsion, I, 1295. Iles ou îlots, I, 1298. Attribution du lit abandonné, I, 1299, 1327. Droit de pêche, II, 8. Eaux courantes, I, 1442, II, 4, III, 1618.

Routes. Domaine public, I, 1257. Domaine communal, I, 1259.

Rues. Domaine public, I, 1257. Domaine communal, I, 1259.

Saisie (*en général*). Rentes sur l'Etat, II, 311. Droit de la veuve à ses vêtements de deuil, II, 914. Aliments, I, 610 *bis*, II, 914. Séquestre judiciaire, III, 879. Rente viagère, III, 903. Interruption de la prescription, III, 1644, 1649. V. *Insaisissabilité.*

Saisie-arrêt. Créancier conditionnel, II, 936. Paiement, II, 1026 à 1027. Compensation, II, 1127. Cession de créance en concours avec des —, III, 630. Dépôt, III. 863. Interruption de la prescription, III, 1644.

Saisie-Brandon. Notion, I, 1216.

Saisie foraine. Interruption de la prescription, III, 1644.

Saisie-gagerie. Interruption de la prescription, III, 1644.

Saisie immobilière. *Théorie générale*, III, 1559. Biens qui peuvent être l'objet d'une —, III, 1560. Personnes qui peuvent poursuivre la —, III, 1566. Personnes contre lesquelles elle doit être dirigée, III, 1571. Tribunal compétent, III, 1572. Formes, III, 1573. Différence avec la saisie mobilière, I, 1207. *Spécialités.* Part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession, II, 221, III, 1561. Révocation du legs de l'immeuble exproprié, II, 646. Immeubles dotaux, III, 375, 384. Garantie résultant de l'adjudication sur—, III, 538. Transcription de la —, III, 1203, 1477.

Saisie mobilière, I, 1207.

Saisie-revendication. Bailleur d'immeuble, III, 1099. Vendeur d'effets mobiliers non payé, III, 1120. Interruption de la prescription, III, 1644.

Saisine de l'exécuteur testamentaire, II, 626 à 627, 631.

Saisine héréditaire.— *De la possession.* Définition, II, 30. Légataire universel, II, 583 à 589. Légataire à titre universel, II, 598. Ascendant donateur exerçant le retour successoral, II, 87. Institué contractuellement, II, 748. Descendants entre lesquels a été fait un partage testamentaire, II, 723 *bis*. Effets de la —, II, 31 à 35. — *de la propriété*, II, 34, 582, 583, 604.

Sanction. Elément de l'existence de la loi, I, 32, 38. Moyen de faire respecter la loi, I, 4.

Scellés. Divorce, I, 727 à 729. Apposition des — obligatoire pour les successeurs irréguliers, II, 135 à 140 ; mais non pour les enfants naturels en concours avec des héritiers légitimes, II, 137 ; ni pour les appelés à la succession d'un enfant naturel, II, 137. Acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire, II, 213. Préliminaire du partage d'hérédité, II, 229. Exécuteur testamentaire, II, 628. Levée des — obligatoire pour le tuteur lors de son entrée en fonctions, I, 1061. Frais de —: charge de la succession, II, 212, 283 ; charge de la communauté, III, 101, 284. Privilège des frais de justice, III, 1073.

Seconds mariages. Effets des— sur la dette alimentaire, I, 593 ; sur la tutelle des enfants du 1er lit, I, 1006. Disposition à titre gratuit des biens de la communauté faite par le mari au profit d'un de ses enfants d'un autre lit, III, 116. Pouvoir de la femme sur les biens de la communauté pour l'établissement de ses enfants d'un autre lit, III, 125. Constitution de dot par des époux mariés sous la communauté légale au profit d'un enfant d'un autre lit, III, 155. Réduction des avantages résultant entre époux de l'adoption de la communauté légale ou conventionnelle quand il y a des enfants d'un précédent mariage, III, 324. Aliénation des biens dotaux par la femme, pour l'établissement de ses enfants d'un premier lit, III, 389. V. *Noces (secondes)*.

Sécularisation de l'état civil, I, 225, 416.

Secours (Devoir de), I, 614. Divorce, I, 741. Séparation de corps, I, 788.

Séduction, I, 502 *quater*.

Semences. Immeubles par destination, I, 1224. Privilège à raison des sommes dues pour les —, III, 1105. V. *Frais de labours et de semences*.

Sentence arbitrale. Hypothèque judiciaire, III, 1257.

Séparation de biens contractuelle, III, 336.

Séparation de biens judiciaire. *Communauté légale*. Cause de dissolution de la communauté, III, 165, 169. Personnes admises à former une demande en —, III, 170. Causes de la —, III, 173. Procédure, III, 176. Droits d'intervention et de tierce opposition accordés aux créanciers du mari, III, 177, 178. Effets du jugement de — : dans le passé, III, 182 ; dans l'avenir, III, 184. Exécution du jugement de —, III, 179. Capacité de la femme séparée de biens, III, 184 à 186, 188. Rétablissement de la communauté, III, 190.

Communauté conventionnelle. Cause de dissolution de la communauté d'acquêts, III, 257. Préciput conventionnel, III, 305, 310.

Exclusion de communauté, III, 333.

Régime dotal. Cause de dissolution du régime dotal, III, 378. La — ne fait pas cesser l'inaliénabilité des immeubles dotaux, III, 383 ; mais elle fait cesser leur imprescriptibilité, III, 403, 378. Confirmation ou ratification de l'aliénation indue de l'immeuble dotal, III, 413. Inaliénabilité de la dot mobilière, III, 420. Restitution de la dot, III, 421.

Séparation de biens résultant de la séparation de corps, I, 790.

Séparation de corps. Notion, I, 767. Aperçu historique, I, 768. Règle d'interprétation, I, 769. Différences avec le divorce, I, 664.

Demande en —. Causes qui l'autorisent, I, 771. Moyens de preuve admis par la loi, I, 773. Personnes ayant qualité pour demander la —, I, 775. Fins de non-recevoir, I, 777. Procédure et mesures provisoires, I, 778.

Effets de la séparation de corps : — quant à la personne des époux, I, 788 ; quant aux enfants, I, 789 ; quant aux biens des époux, I, 790. Déchéances résultant de la —, I, 791.

Cessation de la séparation de corps, I, 793 : *a*. Réconciliation des époux, I, 794 ; *b*. Conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce, I, 795.

Dispositions transitoires, I, 802.

Spécialités. Domicile de la femme séparée de corps, I, 307, 308. Obligation alimentaire entre époux séparés de corps, I, 614. Désaveu de paternité, I, 828 à 832. Successibilité réciproque entre époux séparés de corps, II, 131. Révocation de donation entre époux pour ingratitude, II, 511. Renonciation tacite de la femme séparée de corps à la communauté, III, 199. Cause de dissolution de la communauté, III, 165, 183, 257. Préciput conventionnel, III, 305 à 309, I, 791. Restitution de la dot, III, 421. Mandat, III, 910.

Séparation de dettes (Clause de). Expresse, III, 283. Tacite, III, 288. Clause d'apport, III, 288. Clause de franc et quitte, III, 290.

Séparation des patrimoines. Définition, II, 304, III, 1176. Historique, II, 306. Par qui peut être demandée la —, II, 307, 613, III, 1177. Contre qui, II, 309, III, 1177. Biens ou valeurs auxquels elle s'applique, II, 311, III, 1177. Formalités à remplir pour obtenir la —, II, 312. La — résulte de plein droit de l'acceptation bénéficiaire, II, 200. Cette séparation survit-elle à la perte du bénéfice d'inventaire? II, 305. Comment se perd le droit de demander la —, II, 313. Effets de la —, II, 317, III, 1184. La — ne donne pas naissance à un véritable privilège, III, 1182. Conservation du droit de préférence résultant de la —, III, 1178 à

1179, 1383. Divisibilité de ce droit, III, 1183. La — confère-t-elle le droit de suite? III, 1182, 1435. Comparaison de la — avec le bénéfice d'inventaire, II, 305. Différences avec l'hypothèque légale du légataire, III, 1185.

Séquestre. Diverses espèces de —, III, 876. — conventionnel, III, 877. — judiciaire, III, 879. — des immeubles soumis à un droit d'usufruit, I, 1368.

Serment *(en général)*, II, 1306. Mandat, III, 910.

Serment déféré d'office, II, 1325. — supplétoire ou supplétif, II, 1326. — en plaids ou *in litem*, II, 1329. Baux, III, 664, 665. Louage de services, III, 720. Livres de commerce, II, 1229.

Serment litis-décisoire. Notion, II, 1310. Délation du —, II, 1312. Du — de crédibilité ou de crédulité, II, 1316, III, 1711. Rélation du —, II, 1318. Prestation du —, II, 1319. Refus de prêter le — ou de le référer, II, 1324. Du — extrajudiciaire, II, 1308. *Spécialités.* Don manuel, II, 253. Solidarité active, II, 966, 1323. Solidarité passive, II, 1323. Cautionnement, II, 1323. Présomptions légales *juris et de jure*, II, 1283. Baux, III, 664, 665. Dépôt volontaire, III, 855. Courtes prescriptions, III, 1711.

Servitudes (*en général*). Notion et division des —, I, 1302.

Servitudes personnelles. Définition, I, 1302. Différences entre les — et les servitudes réelles, I, 1421 ; entre la — et le droit personnel, I, 1420. V. *Habitation (Droit d'), Usage (Droit d'), Usufruit.*

Servitudes réelles ou services fonciers. Définition, I, 1302, 1414. Immeubles, I, 1233. Caractères juridiques, I, 1414 à 1417. Différences entre la — et le droit personnel, I, 1419 ; entre les — et les servitudes personnelles, I, 1421. Division des —, I, 1423.

Servitudes qui dérivent de la situation des lieux, I, 1426. — relatives aux eaux, I, 1427. — d'aqueduc, I, 1450. — d'appui, I, 1456. — relatives à l'écoulement des eaux nuisibles, I, 1458. Du bornage, I, 1460. De la clôture, II, 1464. Immeubles dotaux, III, 386.

Servitudes établies par la loi, I, 1466. Du mur et du fossé mitoyens, I, 1469. De la distance à observer pour les plantations, I, 1520. De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions, I, 1530. Vues sur la propriété de son voisin, I, 1531. Egoût des toits, I, 1540. Droit de passage en cas d'enclave, I, 1541. Immeubles dotaux, III, 386.

Servitudes établies par le fait de l'homme. Division des —, I, 1554. Comment s'établissent les —, I, 1561. Restrictions apportées à leur établissement, I, 1549. Droits du propriétaire du fonds dominant, I, 1571. Extinction des —, I, 1573. *Spécialités.* Récompense incombant à la communauté pour le rachat d'une — due à un héritage propre de l'un des époux, III, 139. Immeubles dotaux, III, 386. Eviction partielle en matière de vente, III, 557. Vente d'une hérédité, III, 644. Louage, III, 660. Hypothèque, III, 1213. Cessation, par suite du délaissement ou de l'expropriation, des effets de la confusion qui s'était produite dans la personne du tiers détenteur, III, 1478. Qualités de la possession en vue de conduire à la prescription, III, 1620. Interruption de la prescription extinctive des —, III, 1636.

Signification. Investiture du cessionnaire d'une créance à l'égard des tiers, III, 623 à 631.

Simulation. De la — dans un partage d'hérédité, II, 322. Dispense virtuelle de rapport, II, 255. Cause de nullité pour les donations déguisées faites à des incapables, II, 396 à 402 ; pour les donations entre époux excédant la quotité disponible, II, 778 à 781. Effets de la — quant à la cause des obligations, II, 849 à 851. Prescription de l'action en déclaration de —, II, 1168.

Société.

Théorie générale. Définition et caractères du contrat de —, III, 758. La — civile ne constitue pas une personne morale, III, 760 à 761. Preuve du contrat de —, III, 762. Des diverses espèces de —, III, 764. — universelles, III, 765. — particulières, III, 769. Point de départ et terme de la —, III, 770. Engagements des associés entre eux, III, 771 à 786. Parts de chaque associé dans le gain et dans la perte, III, 779. Administration de la —, III, 784. Engagements des associés à l'égard des tiers, III, 787. Causes de dissolution de la —, III, 790. Partage du fonds social, III, 799.

Spécialités. Différences avec la communauté-indivision, III, 800. Rapport à succession des bénéfices résultant d'une —, II, 254. Evaluation des dommages-intérêts en matière de —, II, 898, III, 773. Différences avec la communauté de biens entre époux, III, 34. Différences avec le colonage partiaire, III, 717. Saisie immobilière de la part indivise d'un débiteur dans une société, III, 1561.

Société commerciale. Application des règles du code civil comme droit commun, III, 757. Distinction des — de personnes et des — de capitaux, I, 1240 et la note. Nature mobilière des actions et des parts d'intérêt, I, 1240. Personne morale, I, 106, 1241, III, 760. Capacité de contracter en général, I, 106, II, 832. Solidarité entre associés, III, 788. Transfert des titres nominatifs des —, II, 478,

III, 631. Titres au porteur, III, 631, 1749. 1750. Actif de la communauté légale, III, 45.

Société d'acquêts. Stipulée accessoirement au régime dotal, III, 444. La femme peut-elle valablement stipuler que sa part dans les acquêts sera dotale? III, 441 *ter*.

Sociétés de crédit foncier. Purge, III, 1515.

Solidarité.

Théorie générale. Notion de la —, II, 964. Entre les créanciers, II, 965. Entre les débiteurs, II, 967. D'où peut résulter la — passive, II, 969. — légale, II, 969. Effets de la — passive, II, 970. Diverses exceptions que les codébiteurs solidaires peuvent opposer au créancier, II, 974. Causes qui, tout en laissant subsister la dette, peuvent faire cesser la — ou en modifier les effets, II, 976. Répartition de la dette solidaire entre les codébiteurs, II, 983. Y a-t-il plusieurs espèces de — ? II, 989. Parallèle entre l'indivisibilité et la —, II, 1002.

Spécialités. Dette alimentaire, I, 604. Absence de — entre cohéritiers pour les dettes et charges de la succession, II, 292. Effets de la consignation à la suite d'offres réelles, II, 1069. Novation, II, 1088, 1090. Remise de dette, II, 1106 à 1109. Compensation, II, 1126. Confusion, II, 1136. Serment, II, 1323. Coauteurs ou complices d'un même crime ou d'un même délit, II, 984, 1350. Auteur d'un même délit civil ou d'un même quasi-délit, II, 989, 1350. Effets de l'engagement solidaire pris par la femme et le mari sous la communauté, III, 150 à 152. Société, III, 788. Prêt à usage, III, 812. — entre comandataires, III, 919. — entre comandants, III, 929. Transaction, III, 995. Effets de l'interruption de prescription entre codébiteurs solidaires, III, 1653.

Sommation. Définition, I, 301. Dommages-intérêts, II, 892, 900. Pacte commissoire exprès, II, 950. Consignation à la suite d'offres réelles, II, 1064. Intérêts du prix de vente, III, 571. Résolution de la vente pour non-paiement du prix, III, 576 ; pour défaut de retirement de la chose vendue, III, 579. Poursuite de l'hypothèque contre le tiers détenteur, III, 1468.

Soulte. *En cas de partage.* Rétroactivité du partage avec —, II, 325. Privilège immobilier, III, 1151. *En cas d'échange.* Echange de l'immeuble propre de l'un des époux sous la communauté, III, 61, 79. Echange de l'immeuble dotal, III, 399 à 400. Privilège du vendeur d'immeuble, III, 1140.

Source, I, 1433 à 1441. V. *Eaux.*

Sourd. Testament par acte public, II, 560. Testament mystique, II, 573.

Sourd-muet. Conseil judiciaire, I, 1185. Acceptation de donation entre vifs, II, 471. Testament par acte public, II, 560. Testament mystique, II, 573.

Sous-location, III, 692 à 695. Colonage partiaire, III, 717. Privilège du bailleur d'immeuble, III, 1089.

Statut. Définition, I, 67. Distinction du — réel et du — personnel, I, 70. Des — mixtes, I, 71. Les — réels régissent tous les immeubles situés en France, même ceux qui appartiennent à des étrangers, I, 74, 75. Les meubles situés en France sont-ils, comme les immeubles, régis par les — réels quand ils appartiennent à des étrangers?, I, 77, à 79. Les — personnels régissent les Français, même quand ils résident en pays étranger, I, 80. Statut personnel de l'étranger, I, 81, 82, 149.

Stellionat, III, 1353.

Stipulation pour autrui, II, 822. Formes des donations entre vifs, II, 467. Révocation de la donation pour inexécution des charges, II, 507. Clause pénale, II, 1006.

Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, III, 1231 à 1241 *bis*.

Subrogation judiciaire, II, 910. V. *Exercice des droits et actions du débiteur.*

Subrogation personnelle, II, 1040. Définition, II, 1040. Différences avec la cession de créance, II, 1043. Diverses espèces de —, II, 1045. — conventionnelle : consentie par le créancier, II, 1047 ; consentie par le débiteur, II, 1048. — légale, II, 1050. Effets de la —, II, 1055, III, 1494. *Spécialités.* Retrait successoral, II, 239. Recours du cohéritier qui a payé au delà de sa part héréditaire, II, 296 à 299. Paiement fait par un cooblig é ou une caution, II, 1015, 1017. Recours du débiteur solidaire qui a payé contre ses codébiteurs, II, 985. Bénéfice de —, au profit de la caution, III, 968, 971 ; au profit de la caution qui s'est engagée à l'insu ou même contre le gré du débiteur principal, III, 947, 969. — au privilège des frais funéraires et de la dernière maladie en faveur des prêteurs de deniers, III, 1077. — aux privilèges sur les immeubles en faveur des prêteurs de deniers, III, 1156. Créancier qui a une hypothèque sur plusieurs immeubles, III, 1196. Tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire, III, 1455, 1456.

Subrogation réelle. Définition, II, 1040. Effets de l'envoi en possession définitif des biens d'un absent, I, 381. Retour légal ou successoral, II, 98 à 99. Séparation des patrimoines, II, 311. Substitutions permises, II, 700. Immeubles propres des époux sous la communauté,

III, 61, 62, 79. Immeubles dotaux, III, 368, 399. Indemnité d'assurance en cas d'incendie de l'immeuble hypothéqué, III, 1062 *bis*, I, 1306.

Subrogé tuteur. Définition, I, 989. Curateur au ventre, I, 1004. Adjoint au protuteur, I, 1029. Règle de nomination, I, 1033. Excuses, I, 1037. Causes d'exclusion et d'incapacité, I, 1037. Fonctions du —, I, 1032, 584. Assistance à l'inventaire et à la vente des biens du mineur, I, 1061, 1063. Bail des biens du mineur à passer au tuteur, I, 1074. Nomination de l'expert chargé de l'estimation des meubles dont le tuteur a la jouissance légale, I, 1064. Destitution du tuteur, I, 1052. Réunion du conseil de famille quand le tuteur ne se conforme pas aux formalités prescrites par la loi du 27 février 1880 pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et interdits, I, 1096. Responsabilité du — pour défaut d'inventaire à la dissolution de la communauté par la mort de l'un des époux, III, 166 à 168. Inscription de l'hypothèque légale des mineurs et interdits, III, 1354. Réduction de l'hypothèque légale des mineurs et interdits, III, 1365. Purge de l'hypothèque légale qui grève les biens du tuteur, III, 1547. Cessation des fonctions de —, I, 1036. Les biens du — ne sont pas grevés d'une hypothèque légale, III, 1244.

Substitution compendieuse, II, 685.

Substitutions fidéicommissaires. *Substitutions prohibées,* II, 671. Définition, II, 672. Caractères constitutifs, II, 677. Interprétation des dispositions attaquées comme contenant une —, II, 685. Nullité des dispositions entachées de —, II, 686. Exception à la prohibition des —, II, 691.

Substitutions permises. Par le code civil, II, 691. Cas dans lesquels elles sont autorisées, II, 691 à 695. Mesures prescrites dans l'intérêt des appelés et dans celui des tiers, II, 696. Nomination d'un tuteur à la —, II, 697. Ses biens sont-ils grevés d'une hypothèque légale? III, 1244. Inventaire des biens substitués, II, 698. Vente du mobilier et emploi des deniers, II, 699. Publicité de la —, II, 701. Droits et obligations du grevé de restitution, II, 705. Différences entre le grevé et un usufruitier, II, 706. Ouverture de la —, II, 707. Caducité des —, II, 709. Modifications apportées à la législation du code civil, II, 710. Des majorats, II, 710 à 711. Extension de la faculté de substituer résultant de la loi du 17 mai 1826, abrogée en 1849, II, 711. V. *Fidéicommis, Fiducie.*

Substitution vulgaire. Notion, II, 670, 671. Nullité, révocation ou caducité des legs, II, 660. V. *Fidéicommis, Fiducie.*

Successeurs. Distinction des — universels ou à titre universel et des — à titre particulier, II, 285. V. *Ayant cause, Héritier.*

Successeurs irréguliers. Distinction des — et des héritiers légitimes, II, 29. Enumération des —, II, 29, 100. Bénéfice d'inventaire, II, 199. Répartition du passif héréditaire, II, 284. Rapport à succession, II, 245. V. *Dettes et charges de l'hérédité, Héritier.*

Successions ab intestat.

Théorie générale. Mode d'acquérir, II, 3. Aperçu historique, II, 19, 60. De l'ouverture des —, I, 301, II, 21. Théorie des *commorientes,* II, 24. De la saisine des héritiers, II, 29. Qualités requises pour succéder : de l'incapacité, II, 38 ; de l'indignité, II, 43. Des divers ordres de —, II, 57. Dispositions générales, II, 58. Vue d'ensemble sur le système de — admis par le code civil, II, 65. De la représentation, II, 67. De la — régulière, II, 76 à 83. Enfant adoptif, I, 946. Du retour successoral de l'ascendant donateur, II, 84. Des — irrégulières, II, 100. De la — des enfants naturels, II, 102 : enfants simplement naturels, II, 103 ; enfants adultérins ou incestueux, II, 120. De la réduction qu'un père peut faire subir à son enfant naturel, II, 115. De la — aux enfants naturels, II, 122. Retour successoral des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, II, 127 à 129. Droits successifs du conjoint survivant, II, 131. Droits successifs de l'Etat, II, 134. Formalités que doivent remplir le conjoint survivant et l'Etat avant d'appréhender les biens héréditaires, II, 135. Droits successifs des hospices, II, 140. Acceptation —, II, 142, 146, 147 et s. De la — par transmission, II, 166. De la renonciation aux —, II, 171. Divertissements ou recel des effets de la —, II, 185 à 187. De la prescription de la faculté d'accepter ou de renoncer, II, 188. Acceptation sous bénéfice d'inventaire, II, 191 à 212. Successions vacantes, II, 213. Partage des —, II, 217. Retrait successoral, II, 232. Rapport à —, II, 240. Paiement des dettes, II, 283. Effets à l'égard des héritiers des titres exécutoires contre le défunt, II, 303. De la séparation des patrimoines, II, 304. De la fraude dans les partages et des moyens accordés aux créanciers des copartageants pour la prévenir ou la réprimer, II, 319. Des effets du partage, II, 323. De la garantie des lots, II, 330. De la rescision en matière de partage, II, 336.

Spécialités. Effets de l'absence relativement aux — échus à l'absent, I, 388 à 393. Droits successifs entre l'adoptant et l'adopté, I, 946 à 947. Etranger, I, 155, II, 42. Legs d'une —, II, 597. Cause

de propres sous la communauté légale, III, 57. Passif de la communauté légale, III, 102. Effets des lois relatives aux droits d'hérédité quant au temps qu'elles régissent, I, 62; relativement aux personnes et au territoire sur lesquels elles exercent leur empire, I, 71.

V. *Acceptation de succession, Dettes et charges de l'hérédité, Héritier, Partage d'hérédité, Rapport à succession, Renonciation à succession, Représentation, Retour successoral, Retrait successoral, Séparation des patrimoines.*

Succession anomale. Au profit de l'adoptant, I, 947. Au profit des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, II, 127 à 129. Au profit de l'ascendant donateur, II, 84. Distinction de la — et de la succession ordinaire, II, 88. De la contribution aux dettes au point de vue de la répartition du passif héréditaire, II, 285.

Succession en déshérence, II, 214.

Succession future. Prohibition des pactes sur —, II, 841. *Applications.* Renonciation à une —, II, 173. Renonciation que le légataire fait à son legs avant le décès du testateur, II, 656. Conventions matrimoniales, III, 9. Vente d'une —, III, 498. *Exceptions.* En ce qui concerne l'enfant naturel relativement à la succession de son père, II, 115. Dans le cas d'une institution contractuelle, II, 740.

Succession par transmission, II, 166. Différence avec la représentation, II, 166, 167. Délai dans lequel le droit d'option doit être exercé, II, 191.

Succession vacante. Définition de la vacance, II, 213. La vacance d'hérédité arrête le cours des inscriptions des privilèges et hypothèques, III, 1379; elle ne suspend pas le cours de la prescription, III, 1669.

Suggestion. Disposition à titre gratuit, II, 371, 374.

Superficie (Droit de), I, 1281 à 1283. Hypothèque, III, 1204. Saisie immobilière, III, 1560.

Suppression d'état, I, 872.

Surenchère. Au cas de purge, III, 1533. Capacité, III, 1534. Conditions de forme, III, 1535 à 1536. Effet d'une réquisition valable de mise aux enchères, III, 1537. Règles spéciales à la purge et à la — dans l'hypothèse prévue par l'art. 2192 du code civil, III, 1544. Garantie en cas d'éviction de l'acheteur par suite d'une — exercée par un créancier hypothécaire, III, 538. Adjudication sur — dispensée de la purge, III, 1517.

Survie. Présomptions de — en matière de succession *ab intestat,* II, 24 à 28. Condition de — dans les substitutions permises, II, 707, 709; dans les legs, II, 651 à 654; dans les donations faites aux époux par contrat de mariage, II, 739, 743; dans les donations entre époux, par contrat de mariage, II, 757. Droits de —, III, 193. La séparation de corps ou de biens n'y donnent pas ouverture, III, 193. Du préciput conventionnel avec ou sans condition de —, III, 300.

Suspension de la prescription, III, 1655 à 1678. Extinction des servitudes réelles par le non-usage, I, 1579. V. *Gains de survie.*

Tacite réconduction, III, 700, 707, 715.

Tailles. Moyen de preuve, II, 1234.

Témoins. Déchéance du droit de servir de témoin par suite de condamnations pénales, I, 198, 208. Actes de l'état civil, I, 234. Procès en divorce ou en séparation de corps, I, 702 à 707, 768, 769. Bornage, I, 1460. Testament par acte public, II, 556, 562. Testament mystique, II, 565, 566, 569, 570. Capacité des — testamentaires, II, 576. Actes notariés, I, 234. V. *Preuve testimoniale.*

Terme.

Théorie générale. Définition, II, 951. Différence avec la condition, II, 953. Diverses espèces de —, II, 952, 955. En faveur de qui le terme est établi, II, 956. Déchéance du terme : en général, II, 957; spécialement en ce qui concerne les dettes dont un successible doit le rapport, II, 281; en ce qui concerne les dettes hypothécaires, II, 1303 à 1305.

Spécialités. Usufruit, I, 1315, 1391. Servitudes réelles, I, 1581. Donation entre vifs, II, 356. Acceptation et répudiation de la succession, II, 143. Ouverture du legs à —, II, 604. Caducité du legs à —, II, 652. Exercice de l'action révocatoire par un créancier à —, II, 922. Procédure des offres réelles et de la consignation, II, 1062. Contrat d'atermoiement, II, 1074. Conditions de la compensation légale, II, 1119. Répétition de l'indû non admissible au cas de paiement fait avant —, II, 953 à 954. Communauté de biens entre époux, III, 37. Promesses de vente, III, 452. Vente à réméré, III, 586 à 589. Louage de choses, III, 697 à 699. Louage des services, III. 721. Bail à cheptel, III, 751. Société, III, 790 à 791, 798. Cas où la loi autorise la caution à se faire indemniser par anticipation, III, 973. Prorogation du — en matière de cautionnement, III, 980. Tiers détenteur qui fait des notifications à fin de purge, III, 1527. Suspension de la prescription, III, 1671 à 1678, 1713.

Terme de grâce. Définition, II, 956. Pouvoirs du juge quant à la concession d'un —, II, 1032. Pacte commissoire tacite, II, 945, 946. Résolution de la vente pour défaut de délivrance, III, 518; pour non-paiement du prix, III, 575 à

576. Prêt de consommation, III, 829 à 831. Déchéance du —, II, 959. Le — n'est pas un obstacle à la compensation légale, II, 1119.

Terme incertain. Définition, II, 952. Legs, II, 652.

Terrasse. Distance à observer, I, 1537.

Testament. Notions générales, II, 358. Comparaison de la donation entre vifs et du —, II, 359. Des conditions impossibles ou illicites dans les —, II, 359 à 363. De la capacité de disposer et de recevoir par —, II, 364 à 405. Prohibition des — conjonctifs, II, 544. Règles générales sur la forme des —, en général, II, 545. Testament olographe : forme, II, 546 à 552, 574; force probante, II, 553 à 555. Testament par acte public, II, 556 : forme, II, 557; force probante, II, 564. Testament mystique ou secret : forme, II, 566 à 574; force probante, II, 575. Règles particulières sur la forme de certains —, II, 577. Dispositions testamentaires, II, 542. Des institutions d'héritiers et des legs, II, 578 à 623. Règles à suivre pour l'interprétation de la volonté du testateur, II, 622. Des exécuteurs testamentaires, II, 624. Révocation des —, II, 358, 634 à 649. Caducité des —, II, 650. Effets de la nullité, de la révocation et de la caducité des —, II, 660. Partage d'ascendant sous forme de —, ou testament-partage, II, 714, 717. V. *Spécialités*. Ouverture du testament d'un absent, I, 350. Reconnaissance d'enfant naturel, I, 897. *Dispositions à titre gratuit*, *Exécuteurs testamentaires, Legs*.

Tierce-opposition. Action paulienne ou révocatoire, II, 923.

Tiers. Acception variable de cette expression en tant qu'elle est opposée à celle d'ayant cause, II, 1219 à 1221. Effets à l'égard des — de l'indignité de succéder, II, 54. Effets à l'égard des — de la rescision du partage d'hérédité, II, 349. Révocation des donations entre vifs pour inexécution des charges, II, 509; pour ingratitude, II, 516 à 521; pour survenance d'enfant, II, 537, 538. Publicité de la substitution permise dans l'intérêt des —, II, 696, 701. Des promesses et des stipulations pour autrui, II, 822 à 826. Translation de la propriété immobilière à l'égard des —, II, 873, 874, 877 à 881; en matière de donation entre vifs, II, 475, 477, 479 à 483. Translation de la propriété mobilière à l'égard des tiers : meubles corporels, II, 478, 875; créances, II, 478, 876, III, 623; effets de commerce, II, 478, III, 631; titres nominatifs des sociétés commerciales, II, 478, III, 631. Titres au porteurs, II, 478, III, 631. Effets des conventions en général à l'égard des —, II, 908. Exercice de l'action paulienne ou révocatoire des créanciers, II, 919. Paiement fait par un —, II, 1015 à 1018. Effets de la subrogation personnelle à l'égard des —, II, 1043-6°. Compensation, II, 1127. Effets à l'égard des — de la nullité ou de la rescision prononcée, II, 1173; pour erreur, violence, dol ou lésion, II, 820. Etendue de la force probante de l'acte authentique, II, 1186 à 1188; de l'acte sous seing privé, II, 1213. Date certaine, II, 1218 à 1223. Contre-lettre, II, 1223. Effets de la confirmation à l'égard des —, II, 1250. Etendue de l'autorité de la chose jugée, II, 1291 à 1292. Admissibilité de la preuve testimoniale, II, 1273. Paiement de l'indû, II, 1344. Conditions exigées pour la validité à l'égard des — des changements apportés aux conventions matrimoniales, III, 23. Effets des conventions matrimoniales à l'égard des —, III, 31. Clause d'emploi sous le régime dotal, III, 369. Rente viagère constituée sur la tête d'un —, III, 889, 892. Rapports du mandant et du mandataire avec les —, III, 926 à 928, 939. Droits du créancier gagiste dans ses rapports avec les —, III, 1021. Nécessité de l'inscription pour l'efficacité des privilèges et hypothèques à l'égard des —, III, 1160, 1162, 1327, 1426. V. *Ayant cause*, *Créanciers, Créanciers chirographaires*, *Créanciers hypothécaires, Créanciers saisissants*.

Tiers détenteurs d'immeubles grevés de privilèges ou d'hypothèques. Définition, III, 1441. Effets des privilèges et hypothèques contre les —, III, 1426 à 1440. Situation du — poursuivi par l'action hypothécaire, III, 1443. Exception de discussion, III, 1445. Exception de garantie, III, 1451. Exceptions supprimées : de priorité d'hypothèque, de cession d'action, de répétition d'impenses, III, 1452. Moyens à l'aide desquels le — peut conjurer l'expropriation ou se soustraire personnellement aux poursuites, III, 1453. Paiement, III, 1454. Purge, III, 1457. Délaissement, III, 1458. Poursuites de l'expropriation contre le —, III, 1467. Comptes à régler entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires et le — qui a délaissé ou subi l'expropriation : quant aux indemnités d'amélioration ou de détérioration provenant du fait du —, III, 1476; quant à la restitution des fruits, III, 1477. Cessation des effets de la confusion qui s'était produite dans la personne du —, III, 1478. Recours du — qui a payé, délaissé ou subi l'expropriation, III, 1482. Faculté de purger dont jouit le —, III, 1512, 1516. Prescription des privilèges et hypothèques quand l'immeuble qui en est grevé est entre les mains d'un —, III, 1504. De l'action en réduction intentée

ontre les —, II, 447 à 452. Effets de la résolution de la vente pour non-paiement du prix, III, 577. Effets de la rescision de la vente pour lésion de plus des sept douzièmes, III, 615. Inaliénabilité des propriétés publiques ou privées, saisies ou soustraites à Paris pendant l'insurrection de la Commune, III, 1748.

Titre (*Titulus*). Définition, I, 1562. Usufruit, I, 1309. Droit à l'usage des eaux de source, I, 1435. Mitoyenneté des murs, I, 1476, 1477. Mitoyenneté des clôtures autres que les murs, I, 1507, 1508. Distance à observer pour les plantations, I, 1525. Vues pratiquées dans un mur mitoyen, I, 1532. Distance à observer pour les vues, I, 1538. Etablissement des servitudes réelles, I, 1562. Jouissance de ces servitudes, I, 1572. Indivisibilité des obligations, II, 998. Qualités que doit avoir la possession pour conduire à la prescription, III, 605, 1611, 1615. On ne peut pas prescrire contre son —, III, 1630, 1631, 1632. Interversion du — de possession, III, 1632. Prescription trentenaire, III, 1682, 1685. Prescription de dix à vingt ans, III, 1691 à 1696. Règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* III, 1728, 1786. V. *Juste titre.*

Titre (*instrumentum*). Définition, I, 1562, II, 1179. Du — authentique, II, 1180. De l'acte sous seing privé, II, 1190. Des copies des —, II, 1236. Du — récognitif et du — primordial en général, II, 1238; en matière de servitudes réelles, I, 1562. Du — confirmatif, II, 1240. Remise des — en matière de partage, II, 231. Présomptions légales de libération résultant de la remise du —, II, 1099. Délivrance en matière de vente, III, 511, 513. Délivrance en matière de cession de créance, III, 623. V. *Acte authentique, Acte sous seing privé, Titre nouvel.*

Titre au porteur. Paiement, II, 1025. Cession, II, 478, III, 631. Dépossession, III, 1749 à 1750.

Titre exécutoire. De l'effet à l'égard des héritiers des — contre le défunt, II, 303. Testament par acte public, II, 590. Exercice des droits et actions du débiteur, II, 910. Présomption légale de libération résultant de la remise de la grosse du titre, II, 1099. Force exécutoire des actes authentiques, II, 1189. Commandement, III, 1467, 1468. Saisie immobilière, III, 1567. Cession d'un —, III, 1570.

Titre nouvel. Acte récognitif, II, 1238. En matière de servitudes réelles, I, 1562. En matière de prescription de rente, III, 1686.

Titre putatif. Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, I, 1272. Condition de validité du paiement, II, 1025. Prescription, III, 1700, 1736.

Tolérance (Acte de). Prescription, III, 1619. V. *Faculté.*

Tontines. Ne constituent pas une substitution, II, 684; ni des sociétés, III, 759.

Tourbières. Usufruit, I, 1355. Communauté, III, 47.

Tradition. Mode d'acquérir, II, 3. De la — feinte ou fictive nécessaire pour le transport de la propriété, II, 476, 872. Dons manuels, II, 253, 467. Donation d'effets mobiliers, II, 468, 469. Délivrance en matière de vente, III, 512. Contrats réels, II, 792. Commodat, III, 805. Prêt de consommation, III, 822. Dépôt, III, 848. Gage, III, 1014, 1018, 1026.

Transaction, III, 983. Définition, III, 984. Qui peut transiger, III, 986. Droits sur lesquels il est permis de transiger, III, 990. Preuve de la —, III, 991, II, 1258. Effets des —, III, 993. Différences entre les — et les jugements, III, 1000. Nullité des —, III, 1001. Comparaison de la — avec l'acquiescement, le désistement et la confirmation, III, 984.

Spécialités. — en matière de compte de tutelle, I, 1111 à 1114, III, 988, en matière de partage, II, 342 à 343. Pouvoirs de l'héritier bénéficiaire, II, 208. Titre pour prescrire, III, 997.

Transcription. Aperçu historique, II, 877 à 882. Indication sommaire des actes et jugements soumis à la formalité de la — et des effets attachés à son accomplissement, II, 873 à 874. Mention en marge de la — de tout jugement prononçant la nullité d'un acte transcrit, II, 821, III, 578. Frais de —, III, 477. De la publicité des registres et de la responsabilité du conservateur des hypothèques en matière de —, III, 1551 à 1556.

Spécialités. Constitution d'usufruit sur un immeuble, I, 1314. Constitution de servitudes réelles, I, 1562. Renonciation à une servitude réelle, I, 1580. Donation entre vifs ayant pour objet un immeuble, II, 479. Substitutions permises portant sur des immeubles, II, 701 à 704. Partage d'ascendant fait par acte entre vifs, II, 716. Donations de biens présents faites aux époux par contrat de mariage, II, 739. Donations cumulatives de biens présents et à venir, II, 752. Donations entre époux par contrat de mariage, II, 761. Translation de la propriété par l'effet des obligations, II, 874. Formalité de la date certaine, II, 1222. Contre-lettres, II, 1226. Prélèvements des époux à la dissolution de la communauté, III, 222, 223. Vente III, 447. Apport d'un immeuble en propriété dans une société, III, 772. Transaction, III, 997. Antichrèse, III, 1041. Conservation du privilége du vendeur d'immeuble, III, 1163 à 1168. La — de l'acte

d'aliénation arrête le cours des inscriptions au point de vue du droit de préférence, III, 1373; au point de vue du droit de suite, III, 1428, 1432 à 1440. Préliminaire de la purge des privilèges et hypothèques, III, 1520, 1547. Adjudication sur surenchère prononcée au profit d'un tiers en cas de purge, III, 1539, 1540. Adjudication sur licitation, III, 619.

Transcription de saisie immobilière. Immobilisation des fruits, III, 1203, 1477.

Transcription sur les registres de l'état civil : des actes de mariage des Français en pays étranger, I, 476; des actes d'adoption, I, 951; des jugements criminels desquels résulte la preuve de la célébration légale d'un mariage, I, 570.

Transfert. Titres nominatifs, II, 478, III, 631.

Transport. V. *Cession.*

Tréfonds, I, 1281.

Trésor. Définition, II, 11. Attribution de la propriété du —, II. 12. Nature juridique du —, II, 15. *Spécialités.* Tiers possesseur de bonne foi, I, 1275. Usufruitier, I, 1357. Actif de la communauté légale, III, 45. Actif de la communauté d'acquêts, III, 254.

Trésor public. Privilèges, III, 1065.

Tribunat. Son rôle dans la confection du code civil, 18 à 20, 101.

Trouble. Distinction du — de droit et du — de fait, III, 536, 674 à 676. Garantie d'éviction en matière de partage, II, 331. Garantie d'éviction en matière de vente, III, 536, 541. Suspension du paiement du prix en matière de vente, III, 570. Louage de choses, III, 674 à 679.

Troupeau. Usufruit, I, 1388, 1396.

Tutelle. Définition, I, 988. Notions générales, I, 989, — des mineurs non émancipés, I, 997, — des interdits, I, 1172 à 1177.

Tutelle des interdits, I, 987, 1172 à 1175. Différence avec la tutelle des mineurs, I, 1176. De la tutelle du mari interdit, I, 1174 à 1175. V. *Interdiction.*

Tutelle des mineurs. Notions générales, I, 987 à 989. Ouverture de la —, I, 993. Différences avec l'administration légale, I, 994. Domicile de la tutelle, I, 1021, 1022. Diverses espèces de —, I, 997, — légale des père et mère, I, 998. — testamentaire, I, 1011 à 1015. — des ascendants, I, 1016. — dative ou déférée par le conseil de famille, I, 1018. Contrôle de la — : conseil de famille, I, 1020 à 1028, 1006 à 1010; subrogé tuteur, I, 1032. Causes qui dispensent de la — ou causes d'excuse, I, 1031. Causes d'incapacité, I, 1051. Causes d'exclusion et de destitution, I, 1052. Administration de la —, I, 1054 à 1099. Des comptes de — en général, I, 1100 et s., 1126. Des traités relatifs à la gestion tutélaire, I, 1111. Prescription des actions relatives aux faits de la —, I, 1115. *Spécialités.* Tutelle des enfants de l'absent, I, 399 à 406. Tutelle des enfants naturels, I, 1153. V. *Conseil de famille, Mineur, Subrogé tuteur, Tuteur.*

Tutelle officieuse, I, 953 à 955. Adoption testamentaire, I, 940. Subrogé tuteur, I, 1031. Hypothèque légale, III, 1245.

Tuteur.

Théorie générale. Définition, I, 989. Administration du —, I, 1054. Attributions du — relativement à la personne du mineur, I, 1055. Attributions du — relativement aux biens du mineur, I, 1056. Etendue de ses pouvoirs, I, 1057. Obligations imposées au — lors de son entrée en fonctions, I, 1059 à 1071. De la représentation du mineur par son —, I, 1072. Actes que le — ne peut pas accomplir au lieu et place du mineur, I, 1074 à 1074 *bis.* Actes qu'il peut accomplir avec la seule autorisation du conseil de famille, I, 1076 à 1086. Actes qu'il ne peut accomplir qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, I, 1085 à 1098. Actes pour lesquels la loi exige certaines formalités spéciales qui varient suivant les cas, I, 1099. Obligation de rendre compte, I, 1100 à 1116.

Spécialités. Etranger, I, 154. Opposition à mariage, I, 484. Demande en divorce ou en séparation de corps, I, 683. Action en désaveu, I, 837. Demande en interdiction, I, 1161. Action en partage, II, 225. Incapacité relative de recevoir à titre gratuit, II, 386. Du — à la substitution, II, 697, 704, 707. Action en rescision pour cause de lésion, II, 1157. Aveu, II, 1297. Serment litis-décisoire, II, 1313. Responsabilité civile, II, 1353. Incapacité du — de se rendre adjudicataire des biens du mineur ou de l'interdit, III, 490, 491. Bail, III, 661, I, 1058, 1074. Transaction, III, 987, 988, I, 1099. Hypothèque légale, III, 1245. Obligation de requérir l'inscription de l'hypothèque légale, II, 1351 à 1353. Délaissement de l'immeuble grevé de privilèges ou d'hypothèques, III, 1464. Serment de crédulité en matière de courtes prescriptions, II, 1315, III, 1711. V. *Interdit, Mineur, Tutelle, Tutelle des interdits, Tutelle des mineurs.*

Tuteur ad hoc. Consentement au mariage d'un enfant naturel, I, 438, 513. Désaveu de paternité, I, 843 à 846. Administration légale, I, 994. Subrogée tutelle, I, 1031. Partage judiciaire, II, 226. Expropriation forcée des immeubles de la femme mariée mineure, III, 1571.

Universalités juridiques. Division

des choses, I, 1206. Attribution à l'Etat des — mobilières sans maître, II, 5. Prescription de dix à vingt ans, III, 1690. Règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* III, 1730.

Usage (Droit d'). Nature mobilière ou immobilière, I, 1233. Servitude personnelle, I, 1302. Définition, I, 1408. Modes d'établissement et d'extinction, I, 1409. Droits de l'usager, I, 1410. Obligations de l'usager, I, 1411. Disposition à titre gratuit d'un — excédant la quotité disponible, II, 421. Transcription, II, 874. Inaliénabilité des immeubles dotaux, III, 386. Vente, III, 496. Louage, III. 660. Hypothèque, III, 1211. Saisie immobilière, III, 1560. Prescription de dix à vingt ans, III, 1690. V. *Habitation (Droit d').*

Usage (Droit d'). — dans les forêts, I, 1412. Prescription, III, 1618, 1630. — sur les eaux de source au profit des communautés d'habitants, I, 1438 à 1441. — des riverains sur les cours d'eau qui ne forment pas une dépendance du domaine public, I, 1442 et s.

Usage des lieux. Preuve, II, 1175. Usufruit portant sur des bois, I, 1349, 1352, 1354. De la distance à observer pour les plantations, 1, 1520 à 1522. De la clôture forcée, I, 1498. De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions, I, 1530. Effets des conventions, II, 862. Interprétation des conventions, II, 907. Garantie pour vices rédhibitoires en matière de vente, III, 565. Paiement des loyers en matière de louage de choses, III, 683. Congé de bail, III, 697, 698, 702. Réparations locatives dans les baux à loyer, III, 705. Droits et devoirs respectifs du fermier entrant et du fermier sortant, III, 716.

Usage. (Mode d'abrogation de la loi). I. 43.

Ustensiles aratoires. Immeubles par destination, I, 1224. Substitutions permises, II, 699. Privilège, III, 1106.

Usucapion. V. *Prescription, Prescription acquisitive.*

Usufruit.

Théorie générale. Nature mobilière ou immobilière, I, 1233. Définition, I, 1305. Distinction de l' — causal et de l' — formel, I, 1305. Caractère du droit d' —, I, 1307. De l' — établi sur plusieurs têtes, I, 1307. Distinction de l' — et de la nue propriété, I, 1308. Etablissement de l' — : par la loi, I, 1309; par la volonté de l'homme, I, 1309; par la prescription, I, 1309. Conditions à remplir par le constituant de l' —, I, 1313. Diverses modalités dont la constitution d' — est susceptible, I, 1315. Des biens susceptibles d' —, I, 1316. Des droits de l'usufruitier, I, 1318 à 1358. Droit de jouissance, I, 1318 à 1327. Droits de l'usufruitier sur les accessoires du fonds grevé d' —, I, 1327. Mode de jouissance de l'usufruitier, I, 1328. Cession du droit d' —, I, 1334. Des actions qui appartiennent à l'usufruitier, I, 1335. Droits et obligations du nu-propriétaire à l'égard de l'usufruitier, I, 1336. De l' — des choses fongibles ou quasi-usufruit, I, 1338 à 1345. De l' — d'un fonds de commerce, I, 1343. De l' — d'une créance, I, 1344. De l' — d'une obligation à prime ou à lots, I, 1345. De l' — portant sur des meubles corporels qui se détériorent peu à peu par l'usage, I, 1346. De l' — d'une rente viagère, I, 1347. De l' — d'un —, I, 1348. De l' — d'une rente perpétuelle, I, 1347, 1380. De l' — portant sur des bois, I, 1348. De l' — d'un fonds contenant une mine, une carrière ou une tourbière, I, 1355. Découverte d'un trésor sur un fonds grevé d' —, I, 1355, 1357. De l' — d'un troupeau, I, 1388, 1396. Des obligations de l'usufruitier : avant son entrée en jouissance, I, 1359; pendant la durée de sa jouissance, I, 1369; à la fin de l'usufruit, I, 1388. Obligations de l'usufruitier universel ou à titre universel, I, 1380; de l'usufruitier à titre particulier, I, 1385. Manières dont l' — prend fin, I, 1389 à 1407.

Spécialités. Rapport à succession d'un — donné, II, 261. Dispositions à titre gratuit d'un — excédant la quotité disponible, II, 421. Aliénation avec réserve d' — au profit d'un successible en ligne directe, II, 424 à 426. De la réserve de l' — des biens donnés, II, 492 à 493. Legs d'une chose grevée d' —, II, 617. De quelques dispositions d' — au point de vue des substitutions fidéicommissaires, II, 684. Différences entre l'usufruitier et le grevé de restitution dans les substitutions fidéicommissaires, II, 706. De la transcription en matière d' —, I, 1314, II, 874. De l' — de la communauté légale sur les propres des époux, III, 47. Différences entre l' — ordinaire et l' — de la communauté, III, 48. Charges usufructuaires des propres des époux au compte de la communauté, III, 99. Donation des meubles de la communauté faites par le mari avec réserve d' —, III, 115, 116, 117. Composition active de la communauté d'acquêts, III, 254. Charges usufructuaires des biens propres des époux au compte de la communauté d'acquêts, III, 255. Droit d' — du mari sur les biens de la femme sous le régime exclusif de la communauté, III, 333. Droit de jouissance du mari sur les biens dotaux, III, 379. Différences avec l' — ordinaire, III, 382. Inaliénabilité des immeubles dotaux, III, 383, 386. Restitution de la dot consistant dans un droit d' —, III, 422. Rescision pour lésion dans les ventes d'

— ou de nue propriété, III, 604. Différences entre le louage et l, —, III, 659. Apport en — dans une société, III, 773, 796. Différences entre l'antichrèse et l' —, III, 1051. Hypothèque, III, 1206 à 1210. Cessation, par suite du délaissement ou de l'expropriation, des effets de la confusion qui s'était produite dans la personne du tiers détenteur, III, 1478, 1480. Possession précaire de l'usufruitier, III, 1613, 1629. Acquisition de l' — par la prescription de dix à vingt ans, III, 1690.

Usufruit légal des père et mère. V. *Jouissance légale des père et mère.*

Usure. Sanction pénale et civile, III, 837. Preuve, III, 837. Contrat pignoratif, III, 1045. V. *Anatocisme, Intérêts.*

Vacance d'hérédité. V. *Succession vacante.*

Vaine pâture, I, 1465. V. *Pacage.*

Valeurs mobilières. Aliénation des — appartenant aux mineurs et aux interdits, I, 1086, 1093 à 1098, 1143. Cession des — à l'égard des tiers, II, 478, III, 631.

Vente.

Théorie générale. Définition, III, 446. Eléments essentiels au contrat de —, III, 449. Promesses de —, III, 451. Arrhes, III, 459. Des diverses modalités de la —, III, 465. De la — en bloc, III, 466. De la — au compte, au poids ou à la mesure, III, 466. De la — *ad gustum,* III, 472. De la — à l'essai, III, 473. De la — faite avec réserve de la faculté d'élire command, III, 475. Forme de la —, III, 476. Frais de la —, III, 477. Qui peut acheter ou vendre, III, 479. De la — entre époux, III, 480. Incapacité qui atteint les administrateurs et mandataires, III, 490. Incapacité qui frappe les magistrats et ceux qui concourent avec eux à l'administration de la justice, III, 492. Choses qui peuvent être vendues, III, 496. — des choses futures, III, 498. — de la chose d'autrui, III, 500 à 506. Obligations du vendeur, III, 507. Délivrance, III, 509. Des — avec indication de contenance, III, 522. Garantie en cas d'éviction, III, 533. Garantie en cas de vices rédhibitoires, III, 562 à 567, Obligations de l'acheteur, III, 568. Paiement du prix, III, 569. Résolution de la — pour non-paiement du prix, III, 572 à 578. Retirement de la chose vendue, III, 579. De la — à réméré ou avec faculté de rachat, III, 582, 1142. Rescision de la — pour lésion de plus des sept douzièmes, III, 599. De la licitation, III, 618. — d'une créance, III, 622 à 638. — d'une hérédité, III, 639. — de droits litigieux, III, 646.

Spécialités. Vente d'une maison avec tout ce qui s'y trouve, I, 1254. Différence entre l'échange et la —, III, 655. Distinction du louage et de la —, III, 658. — de la chose louée, III, 702. Privilège du vendeur d'effets mobiliers non payé, III, 1109. Droit de revendication appartenant au même, III, 1120. Privilège du vendeur d'immeuble, III, 1136, 1163, 1385, 1400, 1437 à 1439. Prescription quinquennale des intérêts d'un prix de —, III, 1721, 1726, 1751. V. *Cession de créance, Cession de droits litigieux, Cession de droits successifs, Rachat, Transcription.*

Vente commerciale. Résolution pour défaut de retirement de la chose vendue, III, 579.

Vente faite d'autorité de justice. Garanties pour vices rédhibitoires, III, 563. Rescision pour cause de lésion, III, 606.

Vente publique. Prescription instantanée des meubles III, 1745.

Ventilation. Répartition du passif héréditaire dans le système de succession de l'ancien droit, II, 291. Contribution du légataire à titre universel aux dettes de la succession, II, 599. Vente d'une chose qui a déjà péri, III, 499. Notifications à fin de purge, III, 1544.

Vérification d'écriture. V. *Reconnaissance d'écriture.*

Vers à soie. Immeubles par destination, I, 1224.

Veuve. Perte de la tutelle de ses enfants au cas de convol, I, 1006. Droit à l'habitation et aux aliments accordé à la — sous la communauté pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, III, 210. Deuil de la — sous la communauté légale, III, 231. Droits de viduité de la femme dotale, III, 440. Serment de crédulité, II, 1315, III, 1711. V. *Noces (secondes), Seconds mariages.*

Viabilité. Définition, I, 105. Désavœu de paternité, I, 836. Condition de la capacité de succéder, II, 39 à 41 ; de la capacité de recevoir à titre gratuit, II, 380. Révocation de la donation pour survenance d'enfant, II, 532.

Vice propre. Louage d'ouvrage et d'industrie, III, 731.

Vices rédhibitoires. V. *Garantie des vices rédhibitoires.*

Viduité. Droit de — de la femme dotale, III, 440. V. *Noces (secondes), Seconds mariages.*

Violence. Vice du consentement. Mariage, I, 502, 506 à 510. Acceptation de succession, II, 161. Renonciation à succession, II, 182. Partage d'hérédité, II, 338. Donation entre vifs et testament, II, 373. Contrats en général, II, 805 à 811, 820. Prescription de l'action en nullité résultant de la —, II, 1165. Chose jugée, II, 1289. Acceptation ou répudiation de la communauté légale, III, 202. Transaction, III, 1003. Qualités que doit

réunir la possession pour conduire à la prescription, III, 1608.

Vœux monastiques. Empêchement de mariage, I, 453.

Voies de recours. Opposition à mariage, I, 492. Au point de vue de l'exercice du droit de correction, I, 973. En matière d'excuses de tutelle, I, 1049.

Voituriers par terre et par eau. Louage des —, III, 722. Responsabilité des —, III, 723. Privilège des —, III, 1131.

Vol. Soustraction commise par l'héritier après renonciation à la succession, II, 185. Perte de la chose volée, II, 1143. Preuve, I, 873. Obligation du dépositaire d'une chose volée, III, 862. — d'usage commis par le dépositaire qui se sert de la chose déposée, III, 859. Responsabilité au cas de — : des aubergistes, III, 872; des voituriers, III, 723. — de gage, III, 1100. Règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* III, 1739 à 1746. Titres au porteur, III, 1749

Volontariat d'un an. Rapport à succession, II, 259.

Voyage en mer. Testament fait pendant un —, II, 577.

Voyageurs. Dépôt nécessaire, III, 871 à 875. Privilège de l'aubergiste, III, 1126 Privilège du voiturier, III, 1130.

Vues. Distinction entre les jours et les —, I, 1531. Des — pratiquées dans un mur mitoyen, I, 1532. Des — pratiquées dans un mur non mitoyen, I, 1533, 1536. Distinction des — droites et obliques, I, 1536. Distance exigée pour les — I, 1587. Servitude continue de —, I, 1556; acquisition par prescription, I, 1563; par destination du père de famille, I, 1567. Prescription acquisitive du mode de la servitude, I, 1580.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES

13,369. — Bordeaux, Ve Cadoret, impr., 17, rue Montméjan.

a39003 008582420b

05 FEV. 1989

03 FEV. 1989

FA